

Die Rechtsstellung und Beaufsichtigung der Notare auf Grund der Reichsnotarordnung und der Bundesnotarordnung

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

Münster

vorgelegt von
Volker Kruse
Assessor aus Wuppertal-Barmen

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555417_0023

Die Rechtsstellung und Beaufsichtigung der Notare

auf Grund der Reichsnotarordnung und der Bundesnotarordnung

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

Münster



vorgelegt von Volker Kruse
Assessor aus Wuppertal-Barmen

1 9 6 2

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Hans J. Wolff

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. Hans Brox

Dekan: Prof.Dr.Dr. Rudolf Lukes



Tag der mündlichen Prüfung: 19. Mai 1962

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VII
----------------------	-----

§ 1. Einleitung	1
-----------------	---

1. Teil

Die Rechtsstellung der Notare

1. Abschnitt: Der Notar als "Träger eines öffentlichen Amtes" - Die Bestimmung des § 2 Reichsnotarordnung (§ 1 Bundesnotarordnung).	
---	--

I. Kapitel - § 2. Die Anwendung der Reichsnotarordnung (Bundesnotarordnung) auf Nurnotare, Anwaltsnotare und Notaranwälte.	
--	--

a) Die Nornotare, Anwaltsnotare und Notaranwälte.	2
---	---

b) Nichtberücksichtigung der Bezirksnotare im OLG-Bezirk Stuttgart und der badischen Notare im OLG-Bezirk Karlsruhe.	2
--	---

II. Kapitel - Die Notare als Träger eines öffentlichen Amtes.	
---	--

§ 3. Der Begriff.	3
-------------------	---

a) Das öffentliche Amt.	4
-------------------------	---

b) Der Träger eines öffentlichen Amtes.	6
---	---

1) Das Grundverhältnis zum Staat.	6
-----------------------------------	---

2) Das Amtswalterverhältnis zum Staat.	7
--	---

3) Das Außenverhältnis zum Staat.	7
-----------------------------------	---

c) Vorläufiges Ergebnis. - Überleitung.	8
---	---

2. Abschnitt: Die Amtstätigkeit der Notare auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege.	
---	--

I. Kapitel - § 4. Die vorsorgende Rechtspflege in ihrer Bedeutung als Zuständigkeitskomplex für die Notare im Bereich und außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit.	9
---	---

II. Kapitel - Die Amtstätigkeit der Notare und ihre
rechtliche Zuordnung.

§ 5. Die Urkundstätigkeit.	15
a) Inhalt und Umfang dieser Tätigkeit in Umrissen.	17
b) Die Frage nach ihrem hoheitsrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter.	19
1) Die privatrechtliche Auffassung.	22
2) Die öffentlichrechtliche Auffassung.	23
3) Kritik und eigene Ansicht in Anlehnung an die Rechtssatztheorie von Hans J. Wolff.	24
4) Andere, gemischte Meinungen zu dieser Frage. - Kritische Stellungnahme.	29
5) Die Urkundstätigkeit als öffentliche Verwal- tung. - Gegenansichten Gonnellas, Baur und Lents.	31
§ 6. Die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Ge- biet der vorsorgenden Rechtspflege.	
a) Wesen dieser Tätigkeit. - Überschneidung mit an- waltlicher Tätigkeit.	36
b) Die Zurordnung unter kritischer Stellungnahme zu den Äußerungen in der Literatur.	39
§ 7. Die Ausübung der notarischen Urkundstätigkeit im eigenen Namen.	43
3. Abschnitt: Die Notare als Beliehene.	
I. Kapitel - § 8. Begriff und Wesen der Beleihung in Anlehnung an das Schrifttum.	46
a) Beispiele.	48
b) Die Überprüfung des Merkmals "Privatperson" am Notar.	48
II. Kapitel - § 9. Die sogenannte freiberufliche Stel- lung der Notare. - Ablehnung dieser im Schrifttum herrschenden Meinung.	52
III. Kapitel - § 10. Die Gründe für die Beleihung der Notare.	57

2. Teil

Die Aufsicht über die beliehenen Notare

1. Abschnitt: Beleihung erfordert Aufsicht.

§ 11. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Aufsicht über Beliehene.	60
---	----

2. Abschnitt: Die Prüfung und Überwachung der Amts-
führung der Notare.

§ 12. a) Die Aufgaben im allgemeinen. - Abgrenzung der Darstellung.	64
b) Die Anlässe zur Aufsicht.	65
c) Die Aufsichtssubjekte.	66
d) Die Unterstützung der Aufsichtspersonen durch die Kammern.	70
e) Die Gegenstände der Aufsicht.	71
1) Das berufliche Verhalten.	71
aa) mit Ausnahme der Kostenberechnungen.	72
bb) Die Kostenberechnungen. - Ablehnung der Auffassung Behres.	72
2) Das außerberufliche Verhalten.	75
f) Der Prüfungsbericht.	76
§ 13. Das Problem der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der Notare.	76
a) Die gesetzlichen Vorschriften.	80
b) Stellungnahme zu den allgemeinen Auffassungen im Schrifttum.	81
c) Ein Vergleich mit der richterlichen Unabhängig- keit.	85
1) Gesetzliche Regelung; persönliche und sach- liche Unabhängigkeit.	85
2) Art der Tätigkeiten keine Grundlage für eine Gleichbehandlung von Notar und Richter.	89
aa) Rechtsspruchtätigkeit und vorsorgende Rechtspflege.	89
bb) Gewährung von Rechtsmitteln als Aus- gleich für Weisungsfreiheit.	92

cc) Die Bedeutung der öffentlichen Urkunden als Anhaltspunkt für strenge Aufsicht.	94
§ 14. Der Begriff, Maßstab und die Aufgaben und Mittel der Aufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über Notare.	96
a) Der allgemeine Begriff.	96
b) Der Maßstab der Aufsicht.	98
c) Die Aufgaben der Aufsicht und die Aufsichts- mittel. - Ergebnis. - Folgerungen.	102
§ 15. Rechtsschutz und Haftung des Notars bei Auf- sichtsmaßnahmen.	
a) Rechtsschutz.	107
b) Haftung.	109

Literaturverzeichnis

Die Vermerke in Klammern bedeuten die in den Fußnoten vorgenommene abgekürzte Zitierweise, im übrigen werden die Autoren - soweit keine Verwechslung möglich ist - mit Nachnamen und Seitenzahl zitiert.

Weitere Literaturangaben befinden sich in den Anmerkungen.

A N D E R S E N , Paul: Ungültige Verwaltungsakte,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

A R N D T , Jürgen: Rechtspflegergesetz, Kommentar,
Berlin und Frankfurt 1957.

B A U R , Fritz: Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, Tübingen 1954 (Justizaufsicht).

B A U R , Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1.Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955 (F.G.I).

B A U R , Fritz: Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, S.507 ff.

B E H R E , Richard: Die Prüfung der Amtsführung des deutschen Notars, 5.Aufl., Berlin 1937.

B E T T E R M A N N , Karl-August: Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S.299 ff.

B E T T E R M A N N , Karl-August: Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München, Berlin 1957, S.17 ff. (Festschrift).

B O E H M E R , Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1.Buch, Tübingen 1957; 2.Buch 1.Abteilung, Tübingen 1951 (Grundlagen I oder II 1).

B O E H M E R , Gustav: Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954 (Einführung).

B O R N H A K , Conrad: Preußisches Staatsrecht, 3.Band, Freiburg i.Br. 1890.

- B R A N D , Jürgen: Die Rechtsstellung des Beliehenen, Diss.iur. Münster 1953.
- B U H L , Herbert: Das Rechtsverhältnis des Notars zum Auftraggeber in Deutschland, zugleich in Vergleichung mit außerdeutschen Rechten, Diss.iur. Greifswald 1929.
- B U H L , Herbert: Der Notar als Staatsorgan, DNotZ 1933, S.744 ff.
- C A N T N E R , Walter: Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch private Unternehmer, Diss.iur. Tübingen 1932.
- D I N S L A G E , Karl-Heinz: Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, DRiZ 1960, S.201 ff.
- D Ö H R I N G , Erich: Geschichte der Deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1933.
- E Y E R M A N N , Erich - F R Ö H L E R , Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin 1960.
- F E Y O O K , Georg: Grundlagen der Stellung des Notars im Rechtsleben. DNotZ 1952, S.244 ff.
- F I N G E R , Richard: Die Kunst des Notars, Berlin 1914.
- F L E I N E R , Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Auflage, Tübingen 1928.
- F O R S T H O F F , Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil, 8.Auflage, München, Berlin 1959.
- F R I E D R I C H S , Karl: Das Recht der öffentlichen Gewalt, Bonn 1930.
- G I E S E , Friedrich: Zur Anwendbarkeit des "BW GöD" auf Notare, NJW 1954, S.101 f.
- G I E S E , Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.Auflage Tübingen 1952. (Verwaltungsrecht).
- G L Ö G G L E R , Hans: Die verwaltungsrechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers, Diss.iur. Tübingen 1935.
- G O N N E L L A , Robert: Die notarielle Urkunde als Instrument der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, DNotZ 1956, S.453 ff.

- G O N N E L L A , Robert: Wesen und Wandel der Aufgaben des Notars in rechtsstaatlicher Betrachtung; Deutscher Notartag 1956, München, Berlin 1956, S.45 ff. (Notartag 1956).
- G R U E N H A G E N , Werner: Die Rechtsstellung des öffentlichen oder beliehenen Unternehmers im Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande v.4.12.1934, Diss. iur. Königsberg 1939.
- G Ü L L A N D , Paul: Die Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte, Berlin 1932.
- H A T S C H E K , Julius: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 2.Auflage, Leipzig und Erlangen 1922.
- H A W L I T Z K Y : Der Notar als freier Beruf, DNotZ 1935, S. 72 ff.
- H E L F R I T Z , Hans: Verwaltungsrecht, Hannover 1949.
- H E N K E L , Heinrich: Lehrbuch zum Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953.
- H I E B E R , Hans: Das Berufsbild des deutschen Notars, DNotZ 1952, S. 258 ff.
- H I E B E R , Hans: Die notariellen Urkunden im Rahmen der vorsorgenden Rechtsbetreuung, DNotZ 1954, S.461 ff.
- H O R N I G , Erich: Das niedersächsische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1958, S.340 ff.
- H U B E R , Ernst Rudolf: Beliehene Verbände, DVBl.1952, S.456 ff.
- H U B E R , Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1.Band, 2.Auflage, Tübingen 1953; 2.Band, 2.Auflage, Tübingen 1954, (Huber I oder II).
- I P S E N , Hans Peter: Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben in "Um Recht und Gerechtigkeit". Festgabe für E.Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag, Stuttgart und Köln 1950, S.141 ff.

- J A S T R O W , Hermann: Deutsch-Preussisches Notariat, 14. Auflage, Berlin 1903.
- J E L L I N E K , Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, Tübingen 1913, (Gesetz).
- J E L L I N E K , Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948, (Verwaltungsrecht).
- J E L L I N E K , Walter: Die Rechtsformen des Staatsdienstes Handbuch des Deutschen Staatsrechtes von ANSCHÜTZ-THOMA. Band II, Tübingen 1932, § 62, S.20 ff. (JELLINEK in ANSCHÜTZ-THOMA).
- J O E L , Werner: Der Begriff Ausübung eines öffentlichen Amtes in Art.34 GG, Diss.iur. Münster 1956.
- J O N A S : Die Reichsnotarordnung, DNotZ 1937, S.175 ff.
- J O N A S : Die Dienstordnung für Notare, DNotZ 1937, S.519 ff.
- K E I D E L , Theodor: Das Rechtspflegergesetz, NJW 1957, S. 521 ff.
- K E R N , Eduard: Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der Rechtspflege, Handbuch des Deutschen Staatsrechts von ANSCHÜTZ-THOMA, Band I, Tübingen 1930, § 31, S.353 ff. (KERN in ANSCHÜTZ-THOMA).
- von K O E H L E R , Ludwig: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechtes, Stuttgart, Berlin 1936.
- K O R M A N N , Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
- K Ü S T E R , Karl: Die Staatsaufsicht über die preußischen Industrie- und Handelskammern, Berlin 1932, zugl.Diss. iur. Göttingen 1932.
- L E N T , Friedrich: Das Reichsnotariat, DNotZ 1934, S.640 ff.
- L E N T , Friedrich: Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege, DNotZ 1950, S.320 ff.
- L E N T , Friedrich: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, München und Berlin 1958 (F.G.).

- L I E S E , Fritz: Das Reichsnotariat, Der Deutsche Rechtspfleger 1934, S.385 ff.
- von M A N G O L D T , Hermann - K L E I N , Friedrich:
Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Auflage, Berlin und Frankfurt 1957.
- M A Y E R , Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2.Band, 3.Auflage, München und Leipzig 1924.
- M E N G E R , Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- M Ü L L E R , Hans-Ulrich: Die Entwicklung des Notariats in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von Preußen, Diss.iur. Halle/Wittenberg 1937.
- N E B I N G E R , Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.Auflage, Stuttgart 1949.
- N I K O L E I T , Heinrich: Die rechtlichen Grundlagen der Haftung des preußischen Notars gegenüber seinem Auftraggeber, DNotZ 1933, S.545 ff.
- P E T E R S , Hans: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949 (Verwaltungsrecht).
- P E T E R S , Hans: Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 25, Köln und Opladen 1954, (Gewaltentrennung).
- O B E R M A Y E R , Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart, München, Hannover 1956.
- O B E R N E C K , Hermann: Das Notariatsrecht der deutschen Länder, insbesondere Preußens, einschließlich des Kosten-, Stempel- und Steuerwesens, 6. und 7.Auflage, Berlin 1925.
- O B E R N E C K , Hermann - S T E R N B E R G , Leo:
Legalisation, Freizügigkeit, vollstreckbare Urkunden, konsularisches Notariat, Berlin 1927.
- O E R M A N N , Josef: Die Begriffe "Ausübung öffentlicher Gewalt" und "Staatshoheitsverwaltung" in den verschiedenen Zweigen des öffentlichen Rechts, Diss.iur. Münster 1929.

- O T T O , Walter: Der Beamte als Träger der Staatshoheit, Zeitschrift für Beamtenrecht 1956, S.233 ff.
- P A G E N D A R M , Kurt: Die Haftung des Notars nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1959, 133 ff.
- R A D B R U C H , Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft 9.Auflage 1952.
- R E C K E R T , E.: Rechtsmittel und Dienstaufsicht im Notariatsrecht, DFG 1938, S.249 ff.
- R E H M , Hermann: Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899.
- R E U S S , W.: Selbstverwaltung der Wirtschaft, BB 1949, S. 276 ff.
- S A A G E : Auf dem Weg zu neuem Notarrecht, DNotZ 1956, S.4 ff.
- S A A G E : Der neue Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts, DNotZ 1958, S.171 ff.
- S A A G E / K E I D E L , Theodor: Das Vorlesen des Protokolls bei der gerichtlichen oder mündlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, DNotZ 1959, S.340 ff.
- von S C H A C K , Wilfried: Zur bevorstehenden Neuordnung des Notarrechts, JR 1956, S.161 ff.
- S C H I E C K , Helmuth: Vorsorgende Rechtspflege, DNotZ 1938, S.647 ff.
- S C H L E G E L B E R G E R , Franz: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band II, 7.Auflage, Köln-Berlin 1956.
- S C H L U T I U S , Wolfgang: Echte Konzession und öffentliche Unternehmen, Diss.iur. Jena 1933.
- S C H M I D T , Eberhard: Richtertum und Staatsdienst, DRiZ 1952, S.37 ff.
- S C H M I D T , Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen 1952; Teil III, Göttingen 1960, (Kom.Teil I oder Teil II

- S C H M I T T , Carl: Verfassungslehre, unveränderter Neudruck, Berlin 1954.
- S C H O R N , Hubert: Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, DRiZ 1959, S.269 ff.
- S C H O R N , Hubert: Die Sicherung der Rechtsstaatsidee und der Unabhängigkeit des Richters im Richtergesetz, DRiZ 1959, S.139 ff.
- S C H W E I K E R T , Wolfgang: Das beliebene öffentliche Unternehmen, insbesondere in seinem Verhältnis zum Staat und dessen Aufsichtsbefugnissen, Diss.iur.Tübingen 1959.
- S E Y B O L D , Karl - H O R N I G , Erich - L E M M E N S , Franz: Reichsnotarordnung vom 13.2.1937, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1943 (SEYBOLD, Kom.).
- S T I C H , Rudolf: Einheitlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte der Justiz- und Vollzugsbehörden, DÖV 1960, 368 ff.
- S T I E R - S O M L O , Fritz: Aufsichtsrecht, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd.I, Berlin und Leipzig 1926, S.382 ff.
- T I E T G E N , Walter: Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S.1129 ff.
- T R I E P E L , Heinrich: Die Reichsaufsicht, Berlin 1917, (Reichsaufsicht).
- T R I E P E L , Heinrich: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf in Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, 2.Band, Leipzig 1911, S.1 ff (TRIEPEL in Festschrift).
- von T U R E G G , K.E.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Berlin 1956.
- V O L L M E R , Günther - S C H W A R Z , Hans-Ulrich: Erläuterungen zur Reichsnotarordnung, Berlin 1937 (VOLLMER-SCHWARZ, Kom.)
- W E B E R , Oskar: Zur Anpassung der Reichsnotarordnung, DNotZ 1952, S.313 ff.

- W E I S S L E R , Adolf: Das Preussische Notariat, Berlin 1888, (Preuss.Notariat).
- W E I S S L E R , Adolf: Das Notariat der Preussischen Monarchie, Leipzig 1896 (Notariat Preuss.Monarchie).
- W I E C Z O R E K , Bernhard: Kommentar zur Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band V, Berlin 1957.
- W I L K E , Walter: Justizverwaltungsakt und Verwaltungsrechtsweg, JuV 1950, S.198.
- W O L F F , Hans J.: Organschaft und juristische Person, 2. Band: Theorie der Vertretung, Berlin 1934 (Theorie).
- W O L F F , Hans J.: Die Voraussetzungen eines "besonderen Verwaltungsgerichts", dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Oberversicherungsämtern, MDR 1951, S. 67 ff.
- W O L F F , Hans J.: Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26.3.1953, JZ 1953, S.552 ff.
- W O L F F , Hans J.: Anmerkung zum Urteil des Verwaltungsgerichtshofes Württemberg-Hohenzollern vom 26.6.1952, JZ 1953, S.88.
- W O L F F , Hans J.: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76, S.205 ff.
- W O L F F , Hans J.: Verwaltungsrecht I, 4.Auflage, München und Berlin 1961 (VwR I).
- W O L F F , Hans J.: Verwaltungsrecht II, München und Berlin 1962 (VwR II).
- W O L F E R S : Der Deutsche Notar, in Der Deutsche Rechtsstand, Berlin - Wien 1939, S.143 ff (Der Deutsche Notar).
- W O L F E R S : Das Notariatsrecht, in Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2.Auflage, 1935, S.1541 ff (Notariatsrecht).

§ 1. Einleitung

Einer Anregung des vormaligen Landgerichtspräsidenten zu Wuppertal, Herrn Dr. Rusche, folgend untersuchte der Verfasser die Rechtsstellung und die Beaufsichtigung der Notare zu einer Zeit, als noch die Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937 ¹⁾ in Geltung stand. Die Bearbeitung der damit gestellten Probleme verzögerte sich bis zum Erlaß des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts vom 16. Februar 1961 ²⁾ und der Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 ³⁾. Durch diese sind zwar die Rechtsstellung der Notare und die Aufsicht über sie genauer bestimmt worden als in der RNotO, jedoch nicht so eindeutig geregelt, daß damit die bisherigen Streitfragen unzweifelhaft entschieden worden wären. Ihre fundierte Beantwortung ist daher ein wissenschaftliches Anliegen geblieben, zumal sie zum rechten Verständnis der BNotO wesentlich beitragen wird. Dabei kann und muß sogar die RNotO zu Grunde gelegt werden, weil sich der Streit um die Rechtsstellung der Notare und das Ausmaß des Aufsichtsrechtes über sie an ihren und den älteren Regelungen entzündet hat und daher die zu kritisierenden Meinungsäußerungen auf die Bestimmungen der RNotO verweisen.

Die nachfolgenden Ausführungen werden auch zeigen, was es bedeutet, wenn § 1 BNotO den Notar als "unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes" bezeichnet, und daß sich die Aufsichtsbefugnisse der Justizverwaltungsbehörden aus der Rechtsstellung der Notare als Beliehene ergeben.

1) RGBl. I S.191.

2) RGBl. I S.77.

3) RGBl. I S.97.

1. Teil

Die Rechtsstellung der Notare

1. Abschnitt: Der Notar als "Träger eines öffentlichen Amtes." -
Die Bestimmungen des § 2 RNotO, § 1 BNotO .

I. Kapitel - § 2. Die Anwendung der RNotO (BNotO) auf Nurnotare,
Anwaltsnotare und Notaranwälte.

a) Bevor man sich der Bestimmung des § 2 RNotO (§ 1 BNotO) zuwendet, muß klargestellt werden, wer, wenn im folgenden kurzerhand von den Notaren ⁴⁾ die Rede sein wird, darunter verstanden werden soll. Es gibt nämlich verschiedene Gestaltungsformen des Notariats.

Gemeint sind zunächst die Nurnotare. Sie sind diejenigen, die die notariische Tätigkeit hauptberuflich ausüben (§ 7 RNotO, § 3 I BNotO) und daneben nicht dem Beruf eines Rechtsanwaltes nachgehen.

Ferner beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Anwaltsnotare, nämlich die Rechtsanwälte, die für die Dauer ihrer Zulassung bei einem bestimmten Gericht als Notare zur nebenberuflichen (gleichzeitigen) Amtsausübung bestellt worden sind (§ 8 II RNotO, § 3 II BNotO), ⁵⁾ und schließlich auf die Notaranwälte, die bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Amtssitz haben, als Rechtsanwälte zugelassen worden sind (§ 8 I 1 RNotO, § 3 III BNotO). Allen ist die Amtsausübung als Notar, sei es haupt- oder nebenberuflich, gemeinsam.

b) Aus der Betrachtung des geltenden Rechts scheiden die in der Bundesrepublik Deutschland eine Sonderstellung einnehmenden Bezirksnotare im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart ⁶⁾ und die

4) die nach dem Übergang der Justizhoheit auf die Länder wieder Landesnotare sind und von den Landesjustizverwaltungen bestellt werden, §§ 1 u. 12 BNotO.

5) Für Anwaltsnotare in Baden-Württemberg, Hamburg und Rheinland-Pfalz gibt § 116 BNotO eine Sonderregelung, vgl. dort.

6) Rechtsgrundlage: Württ. "Ausf. G. zum BGB und zu anderen Reichsjustizgesetzen" v. 29.12.1931 (Württ. Reg. Bl. S. 545) und die zu seiner Ausführung erlassenen "Dienstvorschriften für die Bezirksnotariate" - VO des Württ. JM v. 27.10.1932 (Amtsbl. Württ. JM S. 321).

nach den Vorschriften des Badischen Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 13. 10. 1925 ⁷⁾ im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe bestellten Notare - badische Notare - aus, da für beide Gruppen gemäß §§ 85, 86 RNotO (§§ 114, 115 BNotO) die reichs- bzw. bundesrechtlichen Vorschriften nicht gelten, ein Rechtszustand, der heute durch Art. 138 BGG verfassungsrechtlich besonders garantiert wird ⁸⁾. Die Bezirks- und die badischen Notare befinden sich zu ihrem Land in einem unmittelbaren Beamtenverhältnis ⁹⁾. Sie unterstanden und unterstehen auch heute noch den insoweit nicht geänderten Vorschriften des Deutschen Beamtengesetzes ¹⁰⁾ (§ 19 der 1. VO zur Ausführung und Ergänzung der RNotO ¹¹⁾). Für die Bezirksnotare galt die RNotO gar nicht, während sie für die badischen Notare erst später in Kraft treten sollte (§ 86 S. 1 RNotO). Daran ist durch §§ 114, 115 BNotO nichts geändert worden, so daß die Bezirks- und die badischen Notare auch aus der Betrachtung des künftigen Rechts ausscheiden.

Nunmehr ist der Kreis der hier berücksichtigten Notare abgezirkelt und der Weg für die Erörterung der Probleme frei.

II. Kapitel - Die Notare als "Träger eines öffentlichen Amtes".

§ 3. Der Begriff

Der Begriff "Träger eines öffentlichen Amtes", den sowohl § 2 S. 1 RNotO als auch § 1 BNotO verwenden, taucht erst in neuerer Zeit auf. ¹²⁾ Er ist für sich betrachtet farblos und besagt nicht

-
- 7) Bad.GVBl.S.287 i.d.F.des Art.IV des Gesetzes v.15.10.1927 (Bad.GVBl.S.235) nebst der Allg.Ausf.VO v.20.11.1926 (Bad.GVBl.S.289) i.d.F.der VO'en v.11.10.1929 (Bad.GVBl.S.103) und v.20.7.1933 (Bad.GVBl.S.133) sowie die VO über die freiw. Gerichtsbarkeit v.3.12.1926 (Bad.GVBl.S.301) i.d.F.der VO'en v.24.12.1927 (Bad.GVBl.S.239) und v.4.10.1932 (Bad.GVBl.S.207).
- 8) Vgl.zum Ganzen ARNDT, Rechtspflegergesetz § 33 Anm.6,7,10,11.
- 9) Vgl.BAUR FG I § 9 II 2 u.3.
- 10) Der Entwurf eines Beamtengesetzes für das Land Bad-Württemberg liegt dem Landtag vor; in ihm sind die genannten Notare berücksichtigt.
- 11) RGBl.I 663.
- 12) SEYBOLD Kom.S.4.

viel.¹³⁾ Was er beinhaltet, soll deutlich gemacht werden. Er umfaßt zweierlei: das öffentliche Amt und den Amtswalter. Dieser wird oft, wie auch im Gesetz, Amtsträger genannt, was mißverständlich ist. Denn Träger des Amtes ist in der Regel der öffentlich-rechtliche Verband, dem das Amt angehört. Der Ausdruck wird jedoch beibehalten, da er sich eingebürgert und allgemein in das Gesetz Eingang gefunden hat.

a) Hat man es demnach erst einmal mit der Umschreibung des öffentlichen Amtes zu tun, so stellt es sich dar als eine im Gegensatz zum privaten Amt stehende Art der vorkommenden Ämter. Das Amt ist zunächst ein staatlich begrenzter Kreis von Aufgaben, ein "institutionell bestimmter Aufgabenkreis eines Menschen im Dienste anderer"¹⁴⁾, sei es nun das (öffentliche) Amt des Regierungsrates oder Ministers oder das (private) Amt des Vormundes. Öffentlich ist das Amt dann, wenn es Eigenzuständigkeiten einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines beliebigen Trägers öffentlicher Verwaltung wahrnimmt,¹⁵⁾ das heißt - mit dem Blick gerade auf den Notar -, wenn die Amtskompetenzen die in eigenem¹⁶⁾ oder fremdem Namen geführten Geschäfte einer öffentlichen Organisation sind. Faßt man den Begriff so, dann sind einbegriffen die Beamten, die immer¹⁷⁾, und die Amtsinhaber, die meist in fremdem Namen handeln, aber auch die Amtsträger, die in eigenem Namen handeln, wie die Notare.

Daß diese Geschäfte hoheitlicher Art sein müssen,¹⁸⁾ kann nicht gesagt werden; "der öffentlich-rechtliche Charakter des Amtes ist unabhängig von der Art der wahrgenommenen Geschäfte".¹⁹⁾ Für das

13) Darüber, daß § 1 BNotO nunmehr den Zusatz "unabhängiger Träger..." bekommen hat, s. im 2. Teil. Dieses Merkmal soll an dieser Stelle aus Gründen der Übersichtlichkeit unberücksichtigt bleiben.

14) WOLFF VwR II § 73 I c 1.

15) Vgl. WOLFF aaO. § 73 I c 2.

16) Über dieses bedeutsame Merkmal s. u. § 7.

17) Daß auch diese ganz allgemein dem Begriff Amtsträger (Amtswalter!) unterzuordnen sind, will anscheinend auch JONAS, DNotZ 37, 177, gelten lassen, wenn er die Notare vor 1937, als sie auch nach seiner Meinung (S. 178) meist Beamte waren, und danach als Amtsträger bezeichnet; ebenso MÜLLER, S. 71.

18) So BUHL, Rechtsverhältnis S. 26/27; JONAS aaO.; MÜLLER aaO. u. VOLLMER-SCHWARZ, Kom. § 2 Anm. 2.

19) FORSTHOFF § 22 2 b 1; gl. Ansicht u. a. BAUMBACH-LAUTERBACH, 27. Aufl., § 13 GVG, Anm. 1B; JOEL § 5; TÖGEL JZ 51, 107; LArbG Düsseldorf, NJW 47/48, 151; KG SJZ 45, 599.

Öffentliche Amt ist es grundsätzlich nicht ausschlaggebend, ob der in seinen Kreis fallende Zuständigkeitskomplex mit Mitteln des privaten oder öffentlichen Rechts wahrgenommen wird.²⁰ So ist es denkbar, daß der Walter eines solchen Amtes allein dafür zu sorgen hat, daß Schreibutensilien für die Beamten und Angestellten und das Heizmaterial für den Winter beschafft, Reparaturen im Hause vorgenommen und Putzfrauen angestellt werden, also Kauf-, Dienst- und Werkverträge abzuschließen hat.²¹⁾

Es gibt, scheidet man die hier nicht weiter interessierende Amtsart der privaten Ämter aus der Betrachtung aus, Ämter, die von der Person des jeweiligen Amtsinhabers rechtlich unabhängig sind. Das sind die sogenannten Planstellen, die institutionellen Ämter. Sie können (wie zumeist) von Beamten, aber auch von Nichtbeamten versehen werden. Daneben gibt es solche, die an die Person des Amtswalters geknüpft sind und höchst-persönlichen Charakter haben. Das sind die sogenannten personellen Ämter²²⁾, die ebenfalls von Beamten und Nichtbeamten ausgefüllt werden können. Sie alle sind Träger (i.S. von Walter oder Inhaber) eines öffentlichen Amtes.²³⁾ Taucht der Begriff also auf, so ergibt sich nicht ipso iure, welche Ausgestaltung vorliegt.

Man hat demnach stets folgende Möglichkeiten zu berücksichtigen: Träger eines öffentlichen Amtes verwalten entweder ein institutionelles öffentliches Amt als Beamte oder Nichtbeamte oder ein personelles öffentliches Amt als Beamte oder Nichtbeamte.

20) S.dazu im übrigen unten § 5 b.

21) Es ist also in doppelter Hinsicht falsch, wenn GIESE, NJW 54,101 f schreibt, daß die Notare ein öffentliches Amt bekleideten, folge daraus, daß sie öffentliche Gewalt ausüben; - einmal bekleidet nicht jeder ein öffentliches Amt, der öffentliche Gewalt ausübt, zum anderen übt nicht jeder öffentliche Gewalt aus, der ein öffentliches Amt innehat.

22) Vgl. zu den Begriffen FLEINER § 6 (S.83); GONNELLA, Notar-tag 1956, S.56; SCHLUTTIUS S.32; VOLLMER-SCHWARZ aaO., § 2 Anm.2; WOLFF VwR II § 73.

23) A.A.MAYER, VwR II § 42 (S.212), der die These vertrat: "Kein Amt ohne öffentliche Dienstpflicht"; FEYOCK, DNotZ 52, 252 für den Amtsträger eine Zwischenstellung zwischen dem Beamten und dem freiberuflich Tätigen einnimmt; desgl. JONAS aaO.S.177 im Widerspruch zu S.178, wo er - richtig - den beamteten und nichtbeamteten Amtsträger als Möglichkeiten anerkennt; WOLPERS, Der Deutsche Notar, S.168.

b) Der Notar ist Nicht-Beamter.²⁴⁾ Das ergibt sich schon aus § 9 Abs.1 RNotO (§ 8 Abs.1 BNotO), wonach der Notar nicht zugleich besoldeter Beamter sein darf.²⁵⁾ In formalrechtlicher Betrachtung ergibt es sich aus der Tatsache, daß dem Notar keine Urkunde mit dem festbestimmten Wortlaut der Berufung in das Beamtenverhältnis ausgehändigt wird, wie es §§ 27-30 DBG v. 26.1.1937²⁶⁾ und die heute in allen Ländern mit §§ 6, 10 BBG v. 14.7.1953²⁷⁾ übereinstimmenden Vorschriften erfordern. Vor dem Inkrafttreten der RNotO hat man dagegen allgemein die Notare für Beamte angesehen.²⁸⁾

Der Notar hat ein personelles Amt inne;²⁹⁾ er übt sein Amt nur für seine Person aus. Das Amt endet, wenn sein Inhaber aufhört es zu bekleiden. Es braucht nicht einmal anstelle eines aus irgendeinem Grunde weggefallenen Notars ein anderer bestellt zu werden. Die Bestellung hängt ganz von dem Bedürfnis nach einer geordneten Rechtspflege ab (§ 6 RNotO, § 4 Abs.1 BNotO).

Als Träger (Walter) eines öffentlichen Amtes ist er "diejenige natürliche Person, welche die im Amt zusammengefaßten Zuständigkeiten in concreto wahrzunehmen hat"³⁰⁾.

1. Der Notar steht zunächst in einem "Grundverhältnis"³¹⁾, und zwar einem Auftragsverhältnis, zum Land. Beim Beamten ist dies das Dienstverhältnis des Amtswalters zur juristischen Person. Wenn aber der Amtswalter dem öffentlichen Dienstrecht nicht unter-

24) BAUR FG I § 9 II 1a, II 2a und 3, § 10; DÖHRING S.176; FEYOCK DNotZ 52,256; GONNELLA aaO.; JONAS aaO., S.188; MÜLLER S.73; SEYBOLD Kom.§ 9 I 1; VOLLMER-SCHWARZ Kom.§ 2 Anm.1; O.WEBER DNotZ 52,316.

25) und - vice versa - aus § 18 der 1.Ausf.VO u.Ergzg.der RNotO wonach Beamte, die neben einem besoldeten Hauptamt das Amt eines Notars bekleiden, aus dem Notaramt ausscheiden.

26) RGBl.I 39.

27) BGBl.I 551.

28) So BORNHAK S.96; BUHL Rechtsverhältnis S.26 u.123; FINGER S.33; JONAS DNotZ 37,178; LIESE, D.Rechtspfleger 34,387; NIKOLEIT, DNotZ 33,550; WEISLER, Das Notariat der preussischen Monarchie, S.77; RGSt 18,249.

29) GONNELLA aaO.; JONAS DNotZ 37,177/178; VOLLMER-SCHWARZ Kom.§ 2 Anm.2; a.M. OBERNECK S.11/12; RGSt 17,345/346, obwohl auch vor 1937 das Amt des Notars höchstpersönlichen Charakter hatte.

30) WOLFF, VwR II § 73 IIIa.

31) WOLFF aaO.§ 73 III a 3 u.b.

tersteht, wie der Notar, empfiehlt es sich, neutraler von einem Grundverhältnis des Amtswalters zur juristischen Person zu sprechen. Damit ist dann das Verhältnis sowohl der beamteten wie der nichtbeamteten Amtsperson zum Staat oder einer anderen Person des öffentlichen Rechts, eben dem öffentlichrechtlichen Ernennungs- bzw. Bestellungsverband gemeint. In diesem Grundverhältnis zum öffentlichrechtlichen Verband hat man also zwei selbständige Rechtspersonen zu unterscheiden: den Beamten oder, wie zum Beispiel den Notar, den Träger eines öffentlichen Amtes einerseits und das Land oder eine andere Person des öffentlichen Rechts andererseits. Durch die Berufung in das Beamtenverhältnis, bzw. die Bestellung zum Notar, entsteht das Grundverhältnis zwischen der Person des Beamten oder Amtsträgers und dem öffentlichrechtlichen "Dienstherrn" oder Auftraggeber.

2. Vom Grundverhältnis ist das Amtswalterverhältnis³²⁾ zu unterscheiden, durch welches die Person des Notars mit seinem Amt verbunden wird. Das Amtswalterverhältnis betrifft das Innenverhältnis zum Staat, bzw. zu einer anderen Person des öffentlichen Rechts, aus dem der Amtsperson die dem Amt zustehenden Verpflichtungen und Berechtigungen zum Amt erwachsen.

3. Von den vorgenannten Beziehungen hebt sich schließlich noch das Außenverhältnis ab. Das ist die Amtsstellung gegenüber anderen Ämtern und Dritten.³³⁾ Man könnte auch vom Amtsstellenverhältnis zum Staat, bzw. dem sonstigen öffentlichrechtlichen Verband, und zu Dritten sprechen, wobei man eben die Amtsstelle des Amtswalters in Beziehung zur öffentlichrechtlichen Organisation, deren Glied die Amtsstelle ist, vor Augen hat.³⁴⁾ Daß hier von Amtsstelle die Rede ist, heißt nicht, daß es sich um eine staatliche institutionelle "Stelle" handeln muß. Amtsstelle und Amtsperson können vielmehr in der Weise identisch sein, daß die

32) WOLFF aaO. § 73 III a 2 u.c.

33) WOLFF aaO. § 73 III a 1 u.d.

34) Vgl. zum Ganzen auch WOLFF in Anm. zum Urt. des VGH Württ.-Hohenzollern v. 26.6.1952 in JZ 53,88 und in Besprechung zu OBERMAYER, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, in JZ 57,70 f; ULE in JZ 56,778, der nur zwischen "Grund- und Betriebsverhältnis" unterscheidet; OBERMAYER aaO. §§ 31-33, von dem Schrifttum u. Rechtsprechung zu den Fragen dieser Rechtskreise zusammengetragen ist.

Amtsstelle mit der Amtsperson steht und fällt. So ist gerade der Notar zugleich Amtsperson und Amtsstelle, da das Amt mit seiner Person verknüpft ist.

c) Faßt man nun diese Betrachtungen im Hinblick auf den Notar zusammen, so kommt man zu folgendem Ergebnis: Der ein personelles Amt ausübende, nichtbeamtete Notar hat einen institutionell bestimmten Aufgabenkreis; die dort zusammengefaßten Zuständigkeiten hat er als - die in eigenem Namen geführten - Geschäfte des ihn bestellenden Landes wahrzunehmen. Zu diesem befindet er sich in einem Grund-, nämlich Auftragsverhältnis (oben 1.), und in einem Amtswalterverhältnis (oben 2.). Außerdem steht er in einem Außenverhältnis zu anderen Ämtern und vor allem zu Dritten (oben 3.).

Schon diese Charakteristika, darüber hinaus aber auch die Tatsache, daß es den Notaren nicht erlaubt ist, Wettbewerb zu treiben und ihre Kollegen zu unterbieten, rechtfertigen die in § 2 S.3 RNotO (ebenso BNotO) getroffene negative Feststellung, der Notarberuf sei kein Gewerbe.

Man hat den Notar auf Grund seiner gesetzlichen Bezeichnung als Träger eines öffentlichen Amtes dem Beamten gegenübergestellt, wenn man sich mit seiner Rechtsstellung nach dem Inkrafttreten der RNotO auseinandersetzt ³⁵⁾, so als seien schon durch diese Konfrontierung unterscheidende Charakteristika gewonnen. Das trifft nicht zu, wie man bereits sieht, denn Träger (i.S. von Walter) eines öffentlichen Amtes ist auch - und meist - der Beamte. So haben JONAS ³⁶⁾ und in Übereinstimmung mit ihm WOLPERS ³⁷⁾ zur Klärung der Rechtsstellung des Notars unterscheiden wollen zwischen Beamten, die ganz im Dienste des Staates, und Amtsträgern, die auch im Dienste einzelner tätig werden. Damit ist in bezug auf den Notar zwar etwas Richtiges gesagt, aber aus dem Begriff Amtsträger ergibt sich dies keineswegs. Aus ihm allein läßt sich der Status des Notars nicht ableiten. Es ist auch nicht richtig, wie gelegentlich, ohne es zu belegen, behauptet worden ist ³⁸⁾, daß von der Wissenschaft in den letzten Jahr-

35) worauf sogleich noch eingegangen wird.

36) DNotZ 37, 178.

37) Der Deutsche Notar, S. 168.

38) WOLPERS aaO.; JONAS aaO.

zehnten ein spezieller Begriff des Trägers eines öffentlichen Amtes entwickelt worden sei und er besonders gut auf den Notar hätte angewandt werden können³⁹⁾. Deshalb habe man ihn in § 2 RNotO verankert. Ein derart ausgeprägter Begriff ist in der Literatur nicht festzustellen. Selbst wenn man ihn aber genauer umschreibt, wie das oben geschehen ist, bietet sich ein wenig ergebiges und befriedigendes Resultat dar. Will man nicht der abzulehnenden Ansicht folgen, der Begriff "Träger eines öffentlichen Amtes" könne durch Deduktionen schärfer werden, - er stellt in Wirklichkeit nichts als einen "nominalistischen Abstraktionsbegriff" (G. BOEHMER) dar, dem jeder normative Gehalt fehlt -, wird eine präzise Antwort auf die Frage nach der Rechtsstellung der Notare nur aus der Gesamtschau ihrer Funktionen gefunden werden können, durch eine Betrachtung dessen also, welchen Platz die notarische Tätigkeit im staatlichen Aufgabenbereich einnimmt. Dann ergibt sich eine den zu behandelnden Fragen gerecht werdende Antwort, mit der sich die oft als eigenartig oder zwiespältig⁴⁰⁾ empfundene Rechtsstellung der Notare aufschlüsseln läßt. Das Ergebnis kann nur schrittweise gewonnen werden.

2. Abschnitt: Die Amtstätigkeit der Notare auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege.

I. Kapitel - § 4. Die vorsorgende Rechtspflege in ihrer Bedeutung als Zuständigkeitskomplex für die Notare im Bereich und außerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Amtstätigkeit der Notare ist auf das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (vors. R.pfl.) beschränkt. Das kommt durch § 1 RNotO (ebenso BNotO) zum Ausdruck, der die Notare dafür zuständig erklärt. Deshalb ist von diesem Gebiet zunächst zu handeln.

39) So FEYOCK DNotZ 52,256.

40) LENT DNotZ 34,640 in der Zusammenfassung eines Gutachtens zum Entwurf der RNotO; WEISLER, Preussisches Notariat, S.17.

Was dazu gehört, ergibt sich einerseits aus einer Betrachtung der §§ 1 und 22 ff RNotO (§§ 1 und 20 ff BNotO), andererseits aus dem Begriff der vors. R.pfl. selbst. § 1 RNotO (ebenso BNotO) hebt die Beurkundungen schlechthin ⁴¹⁾ (§ 22 Abs.1 RNotO (§ 20 Abs.1 BNotO): "jeder Art") besonders hervor. Sie sind der wesentlichste Ausschnitt des Bereiches vors. R.pfl. Im übrigen spricht § 26 Abs.1 RNotO (§ 24 Abs.1 BNotO) alles neben den Beurkundungen, aber noch auf dem Gebiet der vors. R.pfl. Liegendes als die "sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege" ⁴²⁾ an und zählt nur einige Beispiele hierfür auf. Es bleibt daher der näheren Abgrenzung des Gebiets der vors. R.pfl. überlassen, die übrigen Geschäfte notariischer Zuständigkeit zu erfassen. Diese Abgrenzung kann aber nur abstrakt, gleichsam in Umrissen dargestellt werden. Denn die einzelnen notariischen Geschäfte aufzuzählen in der Hoffnung, es mit auch nur annähernd den Bereich der vors. R.pfl. ausfüllen und erschöpfen zu können, ist nahezu unmöglich. Da kein Lebenssachverhalt einem anderen gleicht, sind die Möglichkeiten notariischer vorsorgender Mitwirkung so vielfältig, daß sie konkret nicht erfaßbar sind. ⁴³⁾ Man muß also den Begriff selbst dominieren lassen. Er taucht in der Gesetzesterminologie erstmals in § 1 RNotO auf, ⁴⁴⁾ im Schrifttum dagegen schon bei WEISSLER ⁴⁵⁾ als "vorbeugende Rechtspflege" (was gleich, höchstens enger zu verstehen ist). Er bezeichnet demnach gerade das Wesen der notariischen Tätigkeit.

Vors. R.pfl. muß zuerst vom Begriff der Rechtspflege her verstanden werden. ⁴⁶⁾ Rechtspflege im materiellen Sinne ist jede

41) S.unten § 5.

42) S.unten § 6.

43) Vgl. auch SEYBOLD Kom.Anm.I 2 zu § 26.

44) Vgl. Lent, F G, § 2 (S.8) u. DNotZ 50, 320; SCHIECK, DNotZ 38, 647.

45) Das Notariat der Preussischen Monarchie, S.75.

46) Der hier folgende Abriß orientiert sich im wesentlichen am positiven Recht und soll allein dem Ziel dieser Darstellung die Rechtsstellung der Notare zu kennzeichnen, dienen. Eine wissenschaftliche Klärung des Begriffs, wie sie tiefgründig zuletzt von MENGER, System §§ 8-11, versucht worden ist, erübrigt sich deshalb. Aufzuzeigen ist jedoch, wie "Rechtspflege" in jedes Rechtsgebiet und die verschiedenen Berufszweige hineinragt.

Tätigkeit, die die bestehende Rechtsordnung im Wege der Rechtsanwendung zu erhalten oder wiederherzustellen bestimmt ist. Sie kann sich darstellen als Rechtsprechung oder Verwaltung ⁴⁷⁾, kann aber auch in der privatrechtlichen Sphäre vor sich gehen. Sie ist richtend, schlichtend, strafend, aber auch ausrichtend und vorbeugend. Der Richter, wenn er Recht spricht, der Rechtspfleger bei der Wahrnehmung der ihm durch das Rechtspflegergesetz vom 8.2.1957 ⁴⁸⁾ übertragenen Aufgaben der Rechtspflege (§ 1 leg.cit.), der Rechtsanwalt ⁴⁹⁾ bei der Beratung und Vertretung seiner Mandanten in allen Rechtsangelegenheiten ⁵⁰⁾, der Rechtsberater bei der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und viele andere, nicht zuletzt der Notar, wirken in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Stellung bei der Rechtspflege mit: Der Richter nach seiner Ernennung, der Rechtspfleger nach der Betrauung mit den entsprechenden Aufgaben, der Rechtsanwalt nach der Zulassung zu seinem nichtgewerblichen, freien Beruf, der Rechtsberater nach der Erlaubnis zur Ausübung seines gewerblichen Berufes oder der Notar nach seiner Bestellung zum Träger eines öffentlichen Amtes. Man sieht hieran schon, daß nicht alles hoheitlich betrieben wird, was materiell Rechtspflege ist. ⁵¹⁾ Es soll zunächst auch nur der materielle Bereich der Rechtspflege und in ihm der der vors. R.pfl. abgesteckt und die Frage offengelassen werden, inwieweit die vors. R.pfl. von den Notaren etwa in Ausübung hoheitlicher Gewalt betrieben wird.

Innerhalb der Rechtspflege scheiden wir von vornherein aus die

47) Vgl. MENDER, aaO. § 9 u. § 15.

48) BGBl. I 18, ber. 44.

49) So auch OBERNBECK § 4, S. 11.

50) bei denen er zu keiner Zeit vergessen darf, "daß er als gleichberechtigtes Organ der Rechtspflege dient", wie § 7 der Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufes, aufgestellt von der Bundesrechtsanwaltskammer, v. 11.5.1957, ausdrücklich hervorhebt.

51) Vgl. ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., § 28 II (S. 114); im Ergebnis auch WEISLER aaO., S. 74, mit unzutreffendem Beispiel; a.A. GONNELLA DNotZ 56, 453/454 u. Notartag 56, 45; KERN in ANSCHÜTZ/THOMA I, § 31 (S. 353); MENDER aaO., § 8 (S. 25); NIKOLEIT DNotZ 33, 548/49; RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., S. 151 u. 153/154.

durch allen anderen Staatsorganen gegenüber unabhängige Richter besorgte Rechtspflege (Rechtsprechung). Sie hat zur Aufgabe "in Anwendung des geltenden Rechts auf einen konkreten Sachverhalt auszusprechen, was Rechtsens ist" ⁵²⁾. Rechtsprechung interessiert hier nicht, da derartige Funktionen den Notaren nicht obliegen. Das gleiche trifft für die Gesetzgebungs-, Regierungs- und parlamentarische Tätigkeit zu, die an sich ebenfalls rechtspflegende Aufgaben zum Inhalt haben ⁵³⁾. Das Augenmerk ist auf die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit zu lenken und hier auf das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898 ⁵⁴⁾. Dort ist das Urkundswesen auf Reichs-, jetzt Bundesebene, geregelt (§ 167 FGG, Art.125 Nr. 1 und Art.74 Nr. 1 BGG), das nach Landesrecht auf dem Wege über § 200 FGG noch verschiedene Sonderbestimmungen erfahren hat. Das Urkundswesen macht unter allen Angelegenheiten der nichtstreitigen Rechtspflege am deutlichsten, daß man es hier mit Vorsorge zu tun hat. ⁵⁵⁾

Das Merkmal Vorsorge ist an sich schon deutlich. Von ihr läßt sich sagen, daß sie in die Zukunft zielt.

Vors. Rpfl. setzt in einem früheren Zeitpunkt als zum Beispiel die fürsorgende an. Sie will vor allem Rechtsstreitigkeiten verhüten, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte sichern und den

52) MENDER, aaO., § 14 (S.49), der diese Definition für "Rechtsprechung" nach einer kritischen Darstellung der bisherigen Untersuchungen im Schrifttum vor allem anhand einer Überprüfung der sonst genannten Kriterien der "Streitentscheidung" und "Unabhängigkeit" bringt (§ 12-14), den funktionellen Vorgang "Rechtsprechung" von dem materiellen Bereich der "Rechtspflege" abhebt und die Schnittpunkte beider und ihre verschiedenen Dimensionen aufzeigt (§ 15). Hierzu bringt auch einen interessanten Überblick ARNDT, Rechtspflegergesetz, Anm.4,5,9 u.10 zu § 3.- Auf diese Autoren soll stellvertretend für alle anderen hingewiesen sein.

53) wie MENDER, aaO., § 11 (S.34), zutreffend ausführt. Nicht aber ist Rechtspflege allein nur Streitentscheidung, so KER. aaO. u. RADBRUCH, aaO., und auch nicht nur im Sinne der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verstehen, wie von FEYOCK, DNotZ 52,245. Dies sind nur Beispiele aus einer Fülle von Ansichten (vgl. die weiteren bei MENDER, aaO., § 7 FuBn.5, angeführten Beispiele).

54) RGBL.189.

55) Unzutreffend bei GONNELLA, DNotZ 56,454 u. Notartag 56,45, NIKOLEIT, DNotZ 33,553 und 635, OERMANN, S.3, RGZ 107,274/275 u. BGHZ 6,309 als Fürsorge bezeichnet.

Rechtszustand klarlegen.⁵⁶⁾ Diesem Zweck dient ja auch gerade die öffentliche Urkunde.⁵⁷⁾ Mit der vors. R.pfl. wird also im Vergleich zur Rechtsprechung eine wirksamere Rechtspflege betrieben. Denn die Rechtsordnung, die, ohne verletzt oder gefährdet zu werden, des entscheidenden Richters ganz entraten könnte, wäre die beste. Doch kann keine Rechtsordnung die menschlichen Intentionen und das menschliche Handeln, aus denen alle Unzulänglichkeiten, also auch die Rechtsverletzungen und Rechtsgefährdungen folgen, letztlich bestimmend beeinflussen; daher muß sie auch für möglichst gute, das heißt richtige und schnelle Erledigung von Rechtsstreitigkeiten Sorge tragen.⁵⁸⁾ Die Rechtsordnung kann aber "Organe" bestimmen, an die sich alle, die ihre Angelegenheiten ordnen und für die Zukunft regeln wollen, zu wenden haben oder doch wenden können. Auf diese Weise kann sie wenigstens die privaten Rechtsverhältnisse überlegen mitgestalten helfen. Was die Beurkundungen angeht, so haben sie hierbei die wesentlichste, weil am meisten eindeutige Funktion zu erfüllen. Das Urkundswesen ist Bestandteil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ihrerseits von den echten streitigen Angelegenheiten abgesehen,⁵⁹⁾ nicht Rechtsprechung im materiellen Sinne⁶⁰⁾ (wohl oft im funktionellen, wenn sie Richtern zur Erledigung übertragen ist⁶¹⁾), sondern Verwaltung im materiellen Sinne ist.⁶²⁾ 63)

Aber in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erschöpft sich vors. R.pfl., die den Notaren aufgegeben ist,

56) Vgl. LENT, DNotZ 50,320.

57) Vgl. FEYOCK, aaO.; OBERNECK, § 1 (S.3).

58) So liegt die beste Rechtspflege sowohl (nicht allein - wie SCHIECK, DNotZ 38,649, meint -) in der Streitverhütung als auch in der richtigen und schnellen Streitscheidung.

59) Von PETERS, Gewaltentrennung, S.18, offenbar mit einbezogen.

60) PETERS, aaO., S.19; TRIEPEL, S.510; WOLFF, VwR I, § 19 I b 4.

61) WOLFF, aaO., § 19 III a.

62) BOEHMER, Einführung, § 7 (S.33); FRIEDRICHS, S.44; MENGGER, aaO., § 13, FuBn.18 (S.43/44) mit weiteren Nachweisungen; WOLFF, aaO., § 19 I b 4; zu weitgehend ANDERSEN, S.24/25, der die Gerichte als Verwaltungsbehörden bezeichnet und ihre "Akte" als Verwaltungsakte (vgl. heute § 42 I VwGO u. EYER-MANN-FRÖHLER, § 42 Anm.39, sowie früher § 25 I 2 der MRVO Nr.165).

63) S.hierzu noch vor allem unten § 5b.

nicht.⁶⁴⁾ Im Schrifttum wird mitunter die Auffassung vertreten, der gesamte Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei mit der vors. R.pfl. identisch.⁶⁵⁾ Das ist nur insoweit richtig, weil nach den beweglicheren Regeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch echte Rechtsstreitigkeiten entschieden werden⁶⁶⁾, bei denen die Fürsorge im Vordergrund steht.⁶⁷⁾ Bei der Wahrungsumstellung und Vertragshilfe beispielsweise kann von Vorsorge nicht die Rede sein. Es ist auch deshalb ungenau, weil zum Beispiel die Zivilprozeßordnung Verfahren, wie etwa das der Entmündigung, kennt, bei denen das vorsorgende Element viel stärker hervortritt als das dezisive. Diese Umgrenzung des Bereichs der vors. R.pfl. ist aber schließlich im Hinblick auf die Zuständigkeit der Notare deshalb unvollkommen, teils zu weit, teils zu eng, weil einerseits nur Gerichte, nicht Notare, mit zum Beispiel Vormundschafts- und Vereinssachen oder mit Adoptionen befaßt werden, andererseits aber Notaren das Rechtsbetreuungsamt im Rahmen des § 26 RNotO (§ 24 BNotO) obliegt,⁶⁸⁾ das im Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht mehr geregelt ist, dennoch materiell vors. R.pfl. zum Gegenstand hat.⁶⁹⁾ Richtig und das Ergebnis ist, daß Notare, was Beurkundungen angeht, für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit neben den Gerichten und (oder) anderen Behörden oder allein zuständig sind; darüber hinaus aber auch für alle anderen Geschäfte, sofern sie nur irgend materiell vors. R.pfl. beinhalten. Das ist die Bedeu-

64) Daß der Begriff weiter ist, erkennt auch SCHIECK, DNotZ 38: 648, an.

65) FEYOCK, DNotZ 52,252; LENT, FG, § 2 (S.8); offenbar auch HAWLITZKY, DNotZ 35,74.

66) Vgl. BAUR, DNotZ 55,514/515.

67) Richtig GONNELLA, DNotZ 56,455 u. Notartag 1956, S.48.

68) S.dazu unten § 6.

69) Es trifft also nicht zu, wenn BUHL, Rechtsverhältnis, S.228; NIKOLEIT, DNotZ 33,548, oder das Preuss.OVG 85,91, das Amt des Notars als ein "Amt der freiwilligen Gerichtsbarkeit", einen "Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit" oder einen "Kreis von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" bezeichnen. Das ist zu eng, auch wenn man berücksichtigt, daß diese Äußerungen vor Inkrafttreten der RNotO gemacht wurden, da auch damals nach Landesrecht den Notaren schon eine "Rechtskundigentätigkeit" (SEYBOLD, Kom.,Anm.I 1 zu § 26) oblag, die u.E. inhaltlich als vors. R.pfl. anzusprechen gewesen wäre.

des § 1 i.V.m. §§ 22 ff RNotO (§ 1 i.V.m. §§ 20 ff BNotO).⁷⁰⁾

II. Kapitel - Die Amtstätigkeit der Notare und ihre rechtliche Zuordnung.

§ 5. Die Urkundstätigkeit.

Es mußte schon im vorigen Kapitel wiederholt auf die Urkundstätigkeit der Notare hingewiesen werden. Nachdem dort der Rahmen für die notarische Gesamttätigkeit, wie er in § 1 RNotO und § 1 BNotO in gleicher Weise angedeutet wird, abgesteckt worden ist, muß die Urkundstätigkeit (a) näher betrachtet, ebenso wie ihr Zuordnungsbereich (b) bestimmt werden. Die Urkundstätigkeit ist tatsächlich das Hauptaufgabengebiet des Notars. Mit ihrer Betrachtung werden wir der Erkenntnis der Rechtsstellung des Notars beträchtlich näher kommen.

Es sei vorausgeschickt, daß Urkundsgeschäfte seit langer Zeit in Deutschland auf zahlreiche Beurkundungsbehörden aufgesplittet sind.⁷¹⁾ So finden wir eine konkurrierende Beurkundungszuständigkeit der Gerichte neben den Notaren noch in den heutigen Ländern Nordrhein-Westfalen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Westberlin sowie in dem früher preussischen Teil des Saarlandes.⁷²⁾ Allerdings liegt die gerichtliche Beurkundungstätigkeit, wie die jährlichen Justizstatistiken ausweisen, fast überall unter 10 % der Beurkundungsfälle überhaupt.⁷³⁾ Innerhalb der gerichtlichen Beurkundungen müssen seit 1957 nun noch wieder unterschieden werden die Urkundsgeschäfte, die zufolge § 3 Abs. 1 Ziff. 3e des Rechtspflegergesetzes vom 8.2.1957 auf Rechtspfleger übertragen worden sind, und deren Aufzählung im

70) M.E. ist es nicht zutreffend, wenn BAUR, FG I, § 9 II 2b, das Urkundswesen und das Gebiet der vors. R.pfl. additiv nebeneinander setzt, statt, wie er es an anderer Stelle tut (§ 9 III 4), jenes in dieses mit einzuschließen.

71) Vgl. die Übersicht bei SCHLEGELBERGER, Kom.II, Vorbm. vor § 167 Anm.6-13; KEIDEL, Kom.z.FGG, Vorbm. vor § 167 Anm.2; SEYBOLD, Kom., § 22 Anm.1.

72) Vgl. ARNDT, Rechtspflegergesetz, § 23 Anm.4 u.6.

73) Nach ARNDT, aaO., Anm.8.

einzelnen sich in § 23 Ziff. 1-8 leg.cit. findet.⁷⁴⁾ Dagegen besteht die aufgrund des Artikels 141 EG BGB eingeführte alleinige Beurkundungszuständigkeit der Notare in den Gebieten der jetzigen Länder Bayern (§ 1 Abs. 2 Bay.Not.Ges., Art. 10 Abs. Bay.AG BGB), Bremen (§ 6 Brem.AG BGB), Hamburg (§§ 8,9 Hamb.FG) ferner in den Ländern Baden-Württemberg, in dessen badischen (§ 22 Bad.LFGG) und württembergischen Teilen (Art. 106 Württ.AG BGB).

Aber nicht nur die Amtsgerichte und Rechtspfleger sind oft neben den Notaren zu Beurkundungen berufen, auch Verwaltungsbehörden, beziehungsweise deren Beamte, sind es mitunter. Hier sind in erster Linie die auf den Vorbehalten der Artikel 142, 143 Abs. 1 EG BGB beruhenden, von den Konsuln, den Urkundsbeamten der Bundesbank und der Landeszentralbanken, den Jugendämtern, Bürgermeistern und Standesbeamten ausgeübten bundesrechtlichen Beurkundungsbefugnisse zu nennen. Ferner die landesrechtliche Beurkundungskompetenzen besitzenden Umlegungsbehörden, Ortsgerichte, Urkundsbeamten der Stadt- und Landgemeinden, Gerichtsvollzieher und andere.^{75) 76)}

Dementsprechend spricht man von gerichtlichen oder/und notariellen Urkunden, wenn der Kreis der zu Beurkundungen zugelassenen Stellen auf Gerichte oder/und Notare beschränkt, von öffentlichen Urkunden, wenn er erweitert ist. Als Beispiel möge § 167 Abs. 2 FGG angeführt sein, wonach für die über die Anerkennung der Vaterschaft aufzunehmende öffentliche Urkunde allein die Z

74) Bedenken hiergegen bei GONNELLA, Notartag 1956, S.64.

75) Vgl. GONNELLA, Notartag 1956, S.65 ff, und HORNIG, DNotZ 58, 342, die in rechtsstaatlicher Sicht Bedenken gegen die Zersplitterung der Zuständigkeiten erheben. Gegen diese "Hybrid von Kompetenzen" sprechen insbesondere praktische Erwägungen. Interessant sind allerdings die bei HORNIG, aaO., S.344 wiedergegebenen Gründe, die den nds.Landtag veranlaßt haben, einem Vorschlag auf Beseitigung der richterlichen Beurkundungszuständigkeit nicht zuzustimmen.

76) Art.7 Abs.2 des Ges.ü.Maßn.a.d.Geb. des Notarrechts bestimmt nunmehr, daß auf Grund von Art.142 u.143 I EG BGB landesrechtliche Vorschriften nur noch erlassen werden können, soweit sie der Rechtsvereinheitlichung innerhalb eines Landes dienen, und daß die bisher erlassenen oder aufrechterhaltenen landesrechtlichen Vorschriften von den Ländern aufgehoben oder eingeschränkt werden können.

ständigkeit der Notare, der Gerichte und, unter gewissen Voraussetzungen, der Standesbeamten gegeben ist. Mit anderen als "notarischen Urkundsstellen" haben wir es aber im Rahmen unserer Darstellung nicht zu tun. Auch interessiert hier nicht, ob es nun rechtspolitisch zweckmäßig ist, gesetzlich oft mehrere Beurkundungszuständigkeiten zuzulassen. Indem auf sie hingewiesen wird, soll nur aufgezeigt werden, daß ein Beurkundungsmonopol für Notare nicht besteht, von einigen heute noch existierenden Ausnahmen für die Beurkundung von Rechtsgeschäften auf dem Weg über Art. 141 EG BGB abgesehen.⁷⁷⁾

Ohne Vollständigkeit anstreben zu wollen, sei einiges Grundsätzliche über die Urkundsgeschäfte der Notare anhand von wenigen Beispielen ausgeführt, damit das lebendig wird, was gemeint ist, wenn von der notarischen Urkundstätigkeit die Rede ist.

a) § 22 RNotO (§ 20 BNotO) erklärt die Notare zuständig für "Beurkundungen jeder Art". Damit sind die Beurkundungen von Rechtsgeschäften sowohl wie die von tatsächlichen Vorgängen gemeint. Bei den Beurkundungen rechtsgeschäftlicher, sowohl zwei- und mehr-, als auch einseitiger Erklärungen muß man unterscheiden zwischen solchen, die dem Beurkundungszwang unterliegen, um nach materiellem Recht einen bestimmten Rechtserfolg zu haben, und denjenigen, die aufgrund freien Willens der oder des Beteiligten durch Notare vorgenommen werden, um dadurch erhöhte Beweiskraft zu erlangen. Die einen wie die anderen unterfallen dem Begriff der "Willensurkunde"⁷⁸⁾. Dazu gehören - als Beispiele notwendiger Beurkundung - ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag, in dem sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen (§ 313 S.1 BGB), ein Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen (§ 312 Abs. 2 S. 1 BGB) und ein Ehevertrag (§ 1408 i.V.m. § 1410 BGB). Zu den "Willensurkunden" gehört ferner - als ein beliebiges Beispiel für

⁷⁷⁾ S. im einzelnen oben S.16.

⁷⁸⁾ OBERNECK-STERNBERG, § 2 I (S.3).

eine "freiwillige" Beurkundung - die notarielle Beurkundung eines Vertrages, in dem die Beteiligten für gewisse ihnen zufließende Gelder einen bestimmten Verteilungsschlüssel festlegen.

Auch bei den Beurkundungen von Rechtsvorgängen und Tatsachen und den Beglaubigungen von Unterschriften und Handzeichen, bei denen man ebenso von notariellen Beurkundungen spricht, muß unterschieden werden zwischen den Angelegenheiten, für die die Beurkundung Wirksamkeitsvoraussetzung ist, wie zum Beispiel bei den Beschlüssen der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung über die Änderung eines Gesellschaftsvertrages (§ 53 Abs. 3 GmbH Ges.) oder bei den Wechsel- und Scheckprotesten (Art.80-85 WG, Art.55 Abs.3 Scheck G.), und denjenigen, die allein zu Beweis Zwecken urkundlich festgehalten werden, so zum Beispiel das Zeugnis über die vom Notar selbst wahrgenommene Zahlung einer Geldsumme oder Übergabe eines beliebigen Gegenstandes.

Allen notariellen Urkunden ist eine besondere Beweiswirkung gemeinsam. Man kann sie deshalb unter dem Oberbegriff Beweisurkunden zusammenfassen. Zu ihnen gehören also die Willensurkunden und die Beurkundungen von Rechts- und tatsächlichen Vorgängen.

Die notariellen Beurkundungen folgen nun so mannigfachen, teils reichs-, jetzt bundesrechtlichen, teils landesrechtlichen Vorschriften, daß nur große Erfahrung, großes Geschick und tiefgreifendes juristisches Verständnis imstande sind, die praktisch alle Rechtsgebiete berührende Materie des notariellen Rechts zu beherrschen und zu meistern. Man spricht deshalb von der "Kunst des Notars", die vor allem in der Diplomatie gipfelt, der Fähigkeit rechtlich vollkommene Urkunden zu fertigen.⁷⁹⁾ Das bedeutet: der Notar muß das Beurkundungsverfahren handhaben können, in dessen Gewand er den Willen der Parteien oder sonstigen Gegenstand des

79) So der BGH in seiner im Rahmen des § 839 BGB ergangenen E.v. 12.12.1957 (Vers.R.58,124 - zit.nach Jur.Praxis 1958, Heft 65/66, S.17): "Ein Notar hat bei seiner Beurkundungstätigkeit rechtlich einwandfreie Urkunden zu fertigen und ihnen den Inhalt zu geben, der dem Willen der Beteiligten und dem Zweck der Urkundserrichtung entspricht."

Beurkundung unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen hat. Wie der Richter zuvorderst das Verfahrensrecht, muß der Notar die Notariatstechnik fehlerfrei anwenden können. Andernfalls steht häufig die Nichtigkeit des Notariatsaktes und damit die Haftung des Notars auf dem Spiel. Andererseits muß aber auch die materielle Seite des beurkundeten Rechtsgeschäftes oder Vorganges, der Inhalt, kunstvoll und sauber durchformuliert sein. Ist er unklar oder verstößt er gar gegen ein gesetzliches Verbot, so nützt den Parteien eine formell noch so einwandfreie Urkunde nichts, - es wird zu Prozessen und materiellen Einbußen kommen.

Über die Kunst des Notars ist manches geschrieben worden.⁸⁰⁾ Es ist hier nicht der Anlaß, sich mit dieser Seite des Notarberufes auseinanderzusetzen. Die Auslassungen hierüber können auch nur ganz allgemeiner Natur sein. Denn, von stereotypen, routinemäßig beherrschten Beurkundungen abgesehen, unterscheidet sich jede Urkunde von jeder anderen weniger in formeller als in materieller Hinsicht, wie ein dem Richter unterbreiteter Lebenssachverhalt von jedem anderen abweicht. Für den Notar, den Richter und jeden anderen Juristen liegt hier die materiellrechtliche Aufgabe, einen Lebenstatbestand im Hinblick auf eine einzelne Streitfrage oder in seiner Gesamtheit rechtlich zu subsumieren.

Darauf mußte aber wenigstens mit einigen Sätzen eingegangen werden, weil an die Fertigung rechtlich vollkommener Urkunden hohe Ansprüche gestellt sind und sich überall bei Nichtbeachtung oder falscher Handhabung von Formvorschriften, mangelnder Durchdringung des Sachverhaltes und daraus folgenden verfehlten Subsumtionen oder bei Außerachtlassung materiellen Rechts für den Notar Fehlerquellen auftun. Diese Fehler entscheiden oft über Wohl und Wehe einzelner oder mehrerer Menschen. Hier fällt den Aufsichtsbehörden eine wichtige, korrigierende Aufgabe zu. Systematisch gehören diese Bemerkungen deshalb in den zweiten Teil, wegen ihres inneren Zusammenhanges mit der notariellen Urkundstätigkeit stehen sie aber an dieser Stelle.

b) Für die Frage der Rechtsstellung des Notars ist das Problem

80) BUHL, S.112 u.166-168; FEYOCK, DNotZ 52,248; GONNELLA, DNotZ 56,456 u. Notartag 56,54; OBERNECK, S.4 u.5.

von Bedeutung, ob die oben beschriebene Urkundstätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt oder als private Geschäftsbesorgung anzusehen ist. Die Frage wird nicht dadurch abgeschnitten, daß unter Hinweis auf das geltende wie das künftige Recht der Notar ja schon als Träger eines öffentlichen Amtes herausgestellt und dieser Begriff, soweit es zu Beginn der Erörterungen möglich war, umschrieben worden ist, so als ob nun alles, was dieser tue, auch öffentlichrechtlich sein müsse.⁸¹⁾ Denn grundsätzlich kann, wie schon erwähnt, der Träger eines öffentlichen Amtes in den Formen des Privat- und des öffentlichen Rechts tätig werden: in einem Fall in jenen, im andern in diesen oder schließlich mit Mitteln des Privatrechts oder nur mit denen des öffentlichen Rechts.

Hat man das erkannt und spürt dann der oben gestellten Frage nach, wird man die Antwort weder nur bei der Tätigkeit als solcher suchen, als sei ihr der öffentlichrechtliche Charakter immanent⁸²⁾, noch nur bei der formalen Rechtsfigur des Trägers. Die Verbindung vielmehr beider Elemente wird entscheidend sein. Man ist an die vorliegende Frage von verschiedenen Seiten herangegangen, aber immer mit Blickpunkt auf die Tätigkeit selbst, auf ihre Wirkung, ihre Bedeutung und ihren Zweck, und folgerte daraus ihre öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Natur. Die Begründungen, auch soweit sie, wie überwiegend, zu dem (richtigen) Ergebnis führten, daß die notarische Urkundstätigkeit als hoheitsrechtlich anzusehen sei, können nicht befriedigen.⁸³⁾

81) Dabei soll von vornherein nicht verkannt werden, daß es un- wahrscheinlich ist, daß jemand zum Träger eines öffentlichen Amtes erklärt wird, dann aber die ihm zugewiesenen Geschäftsvorfälle vor allem die im Mittelpunkt stehenden Beurkundungen, sich ausschließlich als privatrechtliche Tätigkeit erweisen können. Aber diese Überlegung gibt keine Begründung für das, worum es hier geht. Es erscheint demnach angebracht, ein vielleicht von niemandem bezweifelltes Ergebnis auf induktivem Wege zu gewinnen.

82) Sicher gibt es Tätigkeiten, so Regierungsgeschäfte oder die Gesetzgebung, bei denen es auf der Hand liegt, daß sie Ausübung öffentlicher Gewalt sind. Aber das kann nur ein Anhaltspunkt sein und macht in Einzelfällen eine Begründung nicht entbehrlich.

83) Die Aufzeichnung dieser Wege kann sich im Rahmen dieser Darstellung nur an die Primärliteratur halten und muß darauf

Als Ausübung öffentlicher Gewalt oder hoheitlicher Tätigkeit wird im folgenden alles das bezeichnet, was sich von den fiskalischen Geschäften eines öffentlichen Amtswalters abhebt. Gewalt muß dabei stets im weitesten Sinne des staatlichen Könnens verstanden werden, nicht nur im physischen Sinne des Brechens von Widerstand, wie zum Beispiel in § 758 Abs.3 ZPO. Unter diesen fiskalischen Geschäften gegenüberstehenden Tätigkeiten, fallen nicht nur die zwingenden, befehlenden und eingreifenden Maßnahmen des Staates, sondern auch die vorsorgenden, fürsorgenden und betreuenden. Jedenfalls ist die Ansicht überwunden, daß von Ausübung hoheitlicher Befugnisse nur die Rede sein könne, wenn staatlicher Zwang und Befehl im Spiele seien.⁸⁴⁾ Bei einer derart engen Fassung konnten die notarischen Beurkundungen allerdings nicht unter die Ausübung öffentlicher Gewalt subsumiert werden. Hoheitlich handelt aber der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt, beziehungsweise eines seiner Organe oder Glieder, nicht nur, wenn er Zwang anwendet⁸⁵⁾, sondern auch, wenn er schützend, pflegend, vorsorgend, fürsorgend und betreuend tätig wird.⁸⁶⁾ Auch eine so geartete Tätigkeit kann

verzichten, zu der schwierigen Frage der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht in größerem Rahmen Stellung zu nehmen. Wir haben hier nur das gesuchte Resultat zu gewinnen.

- 84) wie sie noch von LABAND, Das Staatsrecht des Dtsch.Reiches, 2.A., 1891, Bd.2 S.28, und WEISSLER, Das Notariat der Preuß. Monarchie, S.72 u. Preuß. Notariat, S.17, vertreten wurde.
- 85) was W. JELLINEK, S.120, 121 u. WOLFF in VwR I, § 23 III b 1 sowie in Anm. zu BGH, JZ 53, 553 (Ib) "obrigkeitlich" nennen; ebenso BENDER-FÜRST, Grundzüge des Verwaltungs- und Verfassungsrechtes, Freiburg 1952, S.59; OERMANN, S.5; RGZ 71, 46; im weiteren, auch die staatliche Fürsorge umfassenden Sinne wird der Begriff z.B. bei FRIEDRICHS, S.18, gebraucht.
- 86) Ganz herrschende M.: DENECKE, JR 53, 42; DELIUS, Pr. Verw. Bl., Bd.45 S.349; FLEINER, § 17 Anm.22 (S.281); FORSTHOFF, S.244; GIESE, Kom.z.RV, 1926, Art.131 Bem.2; JOEL, § 4 S.17; v.d.MOSEL, Hdwbuch d.Verw.Rechts, 4.A.1938, Bd.I Sp.1386 f; NEBINGER, S.42; NICOLEIT, DNotZ 33, 553, wenn er auch, S.635, von Zwangsrechten spricht, wo nur vorsorgend vorgegangen wird; OTTO, S.238/239; PETERS, VwR, S.129; STERN, Haftung d.Staates f.Beamte u. Angestellte, Diss.jur.Münster 1928, S.8/9; WOLFF, VwR I, §23 III b 1; RGZ 56, 89; 68, 285; 71, 46; 72, 349; 78, 326; 82, 86; 84, 29; 91, 274; 105, 100; 107, 274/275; 108, 388; 114, 201; 120, 162; 156, 229; u.v.a.; auch Pr.OVG 10, 138; 13, 236; 33, 81; 63, 256; BGHZ 6, 309.

Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Wo im Sinne der Staatsfunktionenlehre die vors. R.pfl. und innerhalb ihrer die notari-sche Urkundstätigkeit einzuordnen ist, haben wir bereits oben⁸⁷⁾ festgestellt.⁸⁸⁾

1.) Eine betont privatrechtliche Auffassung hinsichtlich der Urkundstätigkeit der Notare wurde von WEISSLER⁸⁹⁾ vertreten. Sie kann dahin zusammengefaßt werden, daß Verstaatlichung einer Tätigkeit durch Übertragung auf Behörden statffinde, der Notar aber keine Behörde sei. Das Letzte ist zwar - auch heute noch - richtig⁹⁰⁾, der Ansatzpunkt dagegen nicht. Es darf nicht übersehen werden, daß es der freien Entscheidung des Staates überlassen bleibt, ob er die ihm obliegenden öffentlichen Aufgaben durch Behörden oder nicht behördlich organisierte Stellen erledigen läßt.⁹¹⁾

Unter dem offensichtlichen Einfluß WEISSLERS gelangten zu dem gleichen Resultat SCHULTZ-GÖRLITZ-OBERNECK⁹²⁾ und OBERNECK⁹³⁾. OBERNECK bezeichnete das (Preußische) Notariat als "eine auf die Person lautende Befugnis, eine Privattätigkeit in Ansehung öffentlicher Beurkundung".

BORNHAK⁹⁴⁾ betrachtete das Problem von einer anderen Seite. Er gliederte die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in eine privatrechtliche und eine gemischt privat- und staatsrechtliche Gruppe. Zu der ersten zählte er die Beurkundungen. Er bezeichnete sie als Rechtsgeschäfte des Privatrechts. Eine nähere Begründung

87) S.13.

88) Vgl. hierzu aber auch noch unten, S.32 ff., die Auseinandersetzung mit den Ansichten von GONELLA, BAUR u. LENT.

89) Das Notariat der Preuß.Monarchie, S.72 ff.(77/78), u.Preuß. Notariat, S.13 ff.(15). - Auf die aus der Zeit vor 1937 herrührenden Stimmen einzugehen, ist deshalb gerechtfertigt, weil sie trotz der früheren Beamteneigenschaft der Notare laut wurden, so daß sie erst recht geltend gemacht werden würden, seit die Notare nicht mehr Beamte sind.

90) Vgl.statt aller RGSt.18,349 ff., worauf noch eingegangen wird.

91) Vgl.dazu BUHL, Rechtsverhältnis, S.21/22; NICOLEIT, DNotZ 33,548;

92) Kom.z.BGB u.s.Nebenges.: Die Angelegenheiten der FG, 2.Teil: Das Pr.Gesetz, Bln.1900, S.182.

93) S.11/12.

94) S.109.

95) Wir werden gleich sehen, wie erheblich dieses Merkmal ist, u. daß es in Verbindung mit anderen gerade ein entgegengesetztes Ergebnis fordert.

dung hierfür gab er nicht. Als für das Verwaltungsrecht einzig interessant galt ihm die in den Vorschriften für die Behörden liegende Kompetenzbestimmung ⁹⁵⁾, im übrigen sah er die Beurkundungsvorschriften als eine privatrechtliche Enklave im Verwaltungsrecht an.

Auch das OLG Stuttgart ⁹⁶⁾ sah die Beurkundungstätigkeit nicht als Ausübung eines Hoheitsrechts an, vielmehr komme dabei, wie es sich ausdrückte, lediglich die Stellung des Beamten ⁹⁷⁾ als einer mit öffentlichem Glauben bekleideten Person in Betracht. Die Entscheidung hätte schon zur damaligen Zeit große Bedenken erwecken müssen, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes ⁹⁸⁾ Beamter nur der war, der hoheitliche Befugnisse ausübte. Worin aber hätten diese beim Notar liegen können, wenn nicht in seinen Beurkundungen, die das Hauptaufgabengebiet ausmachten und noch ausmachten.

2.) Die meisten Autoren wandten sich der öffentlichrechtlichen Auffassung zu. ⁹⁹⁾ Bei allen, sofern sie eine Begründung ihrer Ansicht gaben, wird man den Eindruck nicht los, daß sie teleologisch vorgingen. Der hoheitsrechtliche Charakter der notariischen Urkundstätigkeit mochte ihnen nicht zweifelhaft sein. Man folgte ihm in erster Linie aus den Beweiswirkungen der öffentlichen Urkunde und griff auch auf deren Eigenschaft der Vollstreckbarkeit zurück, die unter der Voraussetzung des § 794 Abs.1 Ziff.5 und Abs.2 ZPO gegeben ist. Man meinte, in solchen Wirkungen käme der hoheitliche Charakter der notariischen Urkundstätig-

96) DJZ 1911, 1563/1564.

97) als der nach allg. Auffassung der Notar damals galt, s. Fußn.28.

98) Auf diese wird in anderem Zusammenhang noch eingegangen.

99) So BAUR DNotZ 55,519; HAGEN, Die Reform des Notariats, Stendal 1845, S.51; PFIZER, DNotZ 1888, S.90; BUHL, Rechtsverhältnis, S.22 u.304; ders., DNotZ 33,748-750; FINGER, S.33; FRIEDRICHS, S.2 u.47; GONNELLA, DNotZ 56,453 ff. u. Notartag 1956,45 ff.; HIEBER-KNUR i.Geleitwort zur DNotZ 1950; JONAS, DNotZ 37,177; LIESE, S.387; MÜLLER, S.71, in gänzlicher Anlehnung an JONAS, aaO.; NICOLEIT, DNotZ 33, 549/553/635; OERMANN, S.3/21/23; SEYBOLD, Kom.Anm.I 1 zu §§ 65-67; O.WEBER, DNotZ 52,315; WOLPERS, Der dtsh.Notar, S.168 (wie JONAS, aaO.); RGZ 84,29; 107,274/275; Gruch. 30,699; Pr.OVG 85,91.

keit zum Vorschein. Die den Privaturkunden gegenüber bestehende erhöhte Beweiskraft und der Umstand, daß die notarischen Urkunden unter den genannten Voraussetzungen ohne vorangehende Erkenntnisverfahren einen Zwangsvollstreckungstitel abgeben, spielen in den Beweisführungen die entscheidende Rolle.¹⁰⁰⁾

3.) Gegen diesen Ansatzpunkt hat sich auch WEISSLER, allerdings zur Unterstützung seiner privatrechtlichen Theorie, gewandt und hinsichtlich der öffentlichen Beweiskraft geäußert, sie komme der Urkunde zu, weil die Umstände vorlägen, unter welchen das Gesetz ihr zu glauben befähige, nicht, weil ihr Verfasser ein Beamter sei,¹⁰¹⁾ also ein Träger öffentlichen Amtes. Was die Vollstreckbarkeit angehe, so beruhe sie nicht auf der Ausübung öffentlicher Gewalt, ihr Grund liege vielmehr im Willen der Parteien, sich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Der Notar habe nur die Form herzustellen, in der dieser Wille sich kundgebe.¹⁰²⁾

Welche Bedeutung, welche Wirkungen und welcher Zweck einer Tätigkeit zukommt, beziehungsweise zu Grunde liegt, ist für die Frage nach ihrer Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht nicht ausschlaggebend. Sicher ist es Sinn und Zweck der Errichtung einer Urkunde vor dem Notar - abgesehen von der oft erst dadurch hervorgerufenen Wirkung der Rechtsbegründung, -aufhebung oder -änderung¹⁰³⁾ -, dieser erhöhte Beweiskraft zu verschaffen. Denn bekanntlich erlangt die notarische Urkunde kraft § 437 ZPO die Vermutung der Echtheit, das heißt der Herkunft von dem ausstellenden Notar¹⁰⁴⁾, für sich und sie begründet, wenn sie über eine vor dem Notar abgegebene Erklärung errichtet ist, vollen Beweis des durch ihn beurkundeten Vorganges (§ 415 Abs.1 ZPO) oder, wenn sie einen anderen Inhalt hat, vollen Be-

100) So vor allem bei BUHL, DNotZ 39,748/749; FINGER, aaO.; NIKOLLEIT, DNotZ 33/549; O. WEBER, aaO.; WOLPERS, Notariatsrecht, S.1543.

101) Das Notariat der Preuß.Mon., S.73/74.

102) AaO., S.74; Preuß.Notariat, S.17.

103) und auch einmal abgesehen von der dabei zur Geltung kommenden Rechtskenntnis des Notars, die sich in Beratung und Aufklärung der Parteien auswirkt, um derentwillen man sich gerade an ihn wenden mag.

104) SEYBOLD, Kom., § 22 Anm.II 1.

weis der darin bezeugten Tatsachen (§ 418 Abs.1 ZPO). Aber von diesen in jenen Paragraphen bestimmten erhöhten Beweiswirkungen kann nicht auf den hoheitlichen Charakter der notarischen Beurkundungstätigkeit geschlossen werden. Sie sind nur die, wenn auch öffentlichrechtliche, Folge einer unter den in § 415 ZPO umschriebenen formalen Voraussetzungen errichteten Urkunde, die eben unter anderem dann öffentlich genannt wird, wenn sie von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Gewiß kann aus einer notarischen Urkunde, in der der Schuldner hinsichtlich einer bestimmten Geldsumme sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, gegebenenfalls sogleich gegen ihn vollstreckt werden. Doch bezeugen diese erst im Gefolge der Urkundentätigkeit auftretenden Wirkungen und Eigenschaften nicht die Öffentlichrechtlichkeit des Urkundsgeschäftes selbst. Man kann nicht sagen: Nur der Staat kann der Urkunde diese Bedeutung und Kraft beilegen, deshalb ist die Tätigkeit des Notars hoheitlicher Natur. Andernfalls könnte man dann zum Beispiel auch folgendermaßen argumentieren: Das Gesetz erfordert die Vertretung einer Partei durch einen Rechtsanwalt bei Prozessen vom Landgericht an aufwärts. § 71 Abs.1 ZPO, der das bestimmt, ist zwar, wie zum Beispiel § 418 ZPO, eine prozeßrechtliche, also öffentlichrechtliche Vorschrift. Diese Bestimmung mißt aber der anwaltlichen Tätigkeit eine außerordentliche Bedeutung zu. Denn der Prozeß kann überhaupt erst stattfinden, wenn Anwälte die Vertretung der Partei übernommen haben. Eigenes Handeln der Partei ist prinzipiell unwirksam.¹⁰⁵⁾ Rechtsanwalt und Notar werden also von der Rechtsordnung als vorhanden vorausgesetzt. Der Anwalt ist zur Durchführung staatlicher Aufgaben, nämlich der Jurisdiktion, erforderlich;¹⁰⁶⁾ der Notar, um bei einer Urkunde die erhöhte Beweis kraft oder sofortige Vollstreckbarkeit hervorzurufen. Und doch würde niemand auf den Gedanken kommen, die Beistandstätigkeit des Rechtsanwaltes um deswillen als Ausübung öffentlicher Gewalt

105) Vgl. ROSENBERG, Lehrb.d.Dt.Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., § 48 III 2 c und d.

106) Man denke auch an die notwendige Verteidigung in den Fällen des § 140 StPO.

anzusehen. Obwohl das Urteil eines Kollegialgerichtes, also eines öffentlichrechtlichen Aktes, nicht denkbar ist, ohne daß in dem bis dahin laufenden Prozeß Rechtsanwälte mitgewirkt haben, ist doch diese Mitwirkung deshalb nicht eine Ausübung von Hoheitsbefugnissen. Es wäre aber möglich, daß sie in Ausübung öffentlicher Gewalt vor sich ginge, wenn der Staat nämlich den Anwälten ihre Aufgaben zur hoheitlichen Erledigung übertragen hätte, wenn er sie beispielsweise beamtet hätte.¹⁰⁷⁾ Man kann also die Antwort auf die Frage, ob jemandem eine Tätigkeit zur hoheitlichen Erledigung übertragen worden ist, nicht, wie wir gesehen haben, an der für den Staat speziellen Bedeutung, den Wirkungen, dem Zweck der fraglichen Tätigkeit ausrichten. TRIEPEL¹⁰⁸⁾ hat das einmal so ausgedrückt: "Bloße Notwendigkeit einer Leistung für die Erfüllung der Staatszwecke macht die Leistung nicht notwendig zum Inhalt eines öffentlichen Aktes."

Es müssen daher andere Kriterien gefunden werden, mit denen die Frage, ob ein Handeln als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen ist oder nicht, beantwortet werden kann. Dieses Problem läßt sich durch die positive Rechtsordnung. Wenn diese in der Gestalt von Rechtssätzen nämlich¹⁰⁹⁾ die konkrete in Frage stehende Handlung nur einem Subjekt des öffentlichen Rechts oder, wie meist, einem bestimmten Organ hoheitlicher Gewalt zurechnen oder wenn ein Rechtssatz nur einen Träger öffentlicher Gewalt oder ein anderes Subjekt hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet, wenn also nur von solchen Trägern oder Organen ein Tatbestand verwirklicht werden oder nur solche verpflichtet oder berechtigt werden können, handelt es sich um eine hoheitliche Betätigung des entsprechenden Rechtssubjektes. Können dagegen auch andere Subjekte als Träger öffentlicher Gewalt sich auf diese Rechtssätze berufen oder berechtigen oder verpflichten sie

107) So war es in Preußen noch nach dem Ges.v.21.7.1846 (vgl. ROSENBERG, aaO., § 28 I 2d).

108) "Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf" i. Festschrift für Binding, 2. Bd., Leipzig 1911, S. 25.

109) Vgl. WOLFF, VwR I, § 22 II c u. in Anm. zum Urt. d. BGH vom 26.3.1955 (JZ 53, 554 (IIc)); auch im übrigen folgt die Darstellung hier WOLFF in AöR 76, 205 ff.

auch andere Subjekte als Träger öffentlicher Gewalt oder deren Organe, kann jedermann den fraglichen Tatbestand verwirklichen, so haben wir es mit privatrechtlicher, möglicherweise fiskalischer, das heißt also privatrechtlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand zu tun. Man kann für diese Unterscheidung ebenso gut sagen, daß es darauf ankommt, ob der fragliche Tatbestand oder die Berechtigungen und Verpflichtungen von den Trägern öffentlicher Verwaltung auch auf Grund von Rechtssätzen durchgesetzt werden können, die jeden berechtigen oder verpflichten. In diesem Fall gehört der Rechtssatz und auch die entsprechende Handlung dem privaten Recht an.

Allerdings setzt diese Feststellung gerade die Kenntnis der Träger öffentlicher Verwaltung voraus, denn bisher läßt sich nur sagen, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt eine Domäne der Träger öffentlicher Gewalt ist.¹¹⁰⁾ Wer also Träger öffentlicher Gewalt ist, muß im Einzelfall, wenn, wie hier, zu Zweifeln Anlaß besteht, außerdem geklärt werden. - Auch hier folgen wir der von WOLFF gegebenen Definition¹¹¹⁾, da sie uns in der Tat und in diesem Zusammenhang die einzige befriedigende, weil jeden denkbaren Fall klärende Lösung zu sein scheint: Die Träger öffentlicher Gewalt werden nämlich ihrer Individualität nach durch Rechtssatz oder auf Grund Rechtssatzes durch Staats- (Verwaltungs-) akt bestimmt. Sie existieren als solche nicht ohne weiteres, nicht durch die Tatsache der Geburt, wie die natürlichen Privatpersonen, oder durch tatsächliches Verhalten von Menschen, wie die juristischen Privatpersonen, ihre Existenz leitet sich vielmehr aus Rechtssätzen und Staats-(Verwaltungs-)akten ab, die nicht nur die Zuständigkeit der Träger öffentlicher Verwaltung und ihrer Organe, der Glieder einer öffentlichen Organisation schlechthin, sondern auch die Individualität der Subjekte jener

110) Dies beachtet JOEL, § 17 (S.57), nicht, wenn er die von WOLFF gewonnene Erkenntnis ohne weiteres auf die Urkunds-tätigkeit der Notare anwendet, indem er ausführt, daß in-soweit Träger öffentlicher Verwaltung (auch die Notare) von einer ihnen und nicht auch Privatpersonen eingeräumten öffentlichen Befugnis Gebrauch machen; wobei "Privatperso-nen" schlechthin anzunehmen, auch ungenau ist, wie wir noch sehen werden.

111) In AöR 76,209.

Zuständigkeiten bestimmen.

Dem könnte man entgegenhalten, daß bei manchen juristischen Personen des Zivilrechts behördliche Akte zur Entstehung der Rechtspersönlichkeit notwendig sind (z.B. nach §§ 21 ff, 80 BGB, 34 I 1 AktG). Doch sprechen die entsprechenden Staats- oder Verwaltungsakte nur die Anerkennung der Personen im Rechtssinne aus und regeln ihre Rechtsverhältnisse.¹¹²⁾ Ein weiteres Kennzeichen der Unterscheidung ist auch darin zu erblicken,¹¹³⁾ daß die Organe (hier nicht verstanden als Menschen, sondern als institutionelle Subjekte) juristischer Privatpersonen durch Rechtssätze in abstrakter Weise bestimmt werden, während die öffentlichen Organe (i.S. von Trägern hoheitlicher Gewalt) ihrer Individualität nach bestimmt werden, und zwar ebenfalls durch Rechtssatz oder durch Staatsakt. Nicht auf die rechtssatzgemäße Zuständigkeit, sondern auf die Bestimmung der Individualität durch Rechtssatz oder Staatsakt kommt es dabei an.¹¹⁴⁾

Die Urkundstätigkeit der Notare geschieht mithin deshalb in Ausübung öffentlicher Gewalt, weil die Notare ihrer Individualität nach auf Grund Rechtssatzes durch Verwaltungsakt bestimmt sind (§ 1 RNotO, § 1 BNotO, sowie die Bestellung durch die Landesjustizverwaltung) und da die betreffenden Rechtssätze die öffentlichen Beurkundungskompetenzen nur den Notaren oder anderen Urkundspersonen oder -behörden, die nach der hier aufgezeigten Regel sämtlich als Träger öffentlicher Gewalt oder deren Organe anzusehen sind,¹¹⁵⁾ einräumen und weil nicht jede beliebige andere (Privat-)Person, die allein durch die Tatsache ihrer Geburt rechtlich individualisiert ist, ebenso tätig werden kann. Die Beurkundung nach § 313 BGB kann also beispielsweise rechtswirksam nicht von einem Rechtsanwalt vorgenommen werden.

112) WOLFF, ebenda, S.209.

113) WOLFF, ebenda, S.210.

114) Dafür spricht auch, daß unter Nichtbeachtung der Zuständigkeit erlassene Verwaltungsakte grundsätzlich wirksam sind. WOLFF, aaO., S.210.

115) Z.B. Richter, Standesbeamte, Gerichtsvollzieher, Postboten und Gerichtswachtmeister bei Zustellungen usw.

4.) Auch bei OERMANN ¹¹⁶⁾ tauchen ähnliche Gedanken auf: Das Wesen des Hoheitsrechts schließe es begrifflich in sich, daß bei seiner Ausübung eine Handlung vorliege, zu welcher der Staat und seine Organe nur als Vertreter des Gesamtinteresses des Volkes und nicht schon nach Bürgerlichem Recht befugt seien. Auch hierin liegt nur ein Teil der für unsere Untersuchung notwendigen Erkenntnisse, denn OERMANN geht vom Hoheitsrecht aus, zu dem wir erst gelangen müssen, wenn auch seine weiteren Feststellungen Zustimmung finden müssen. Doch auch sie machen noch zwei Bemerkungen notwendig: Erstens taucht auch hier, ebenso wie bei SIGLOCH, ¹¹⁷⁾ die Frage auf, wer denn im einzelnen der Staat und seine Organe sind. Zum anderen ist es im Hinblick auf den Notar irreführend, das Gesamtinteresse des Volkes zu stark zu betonen. Zwar bestimmt § 15 Abs.1 RNotO ausdrücklich, daß der Notar sein Amt zum Wohle der Volksgemeinschaft zu verwalten habe. Hinter dieser Formulierung steht unseres Erachtens aber nur das zu jener Zeit überall durchdringende nationalsozialistische Gedankengut, so daß sie schon durch Kontrollratsgesetz Nr. 1 ¹¹⁸⁾ ihre Bedeutung verloren haben wird. Für den Notar paßte diese Fassung denn auch kaum. Daher sieht § 14 Abs.1 S.2 BNotO eine das Wesen des Notaramtes treffendere Kennzeichnung vor, die auch in der neuen Eidesformel des § 13 Abs.1 BNotO zum Ausdruck kommt. Es wird nämlich von der unparteiischen Amtsausübung des Notars gesprochen, der nicht Vertreter einer Partei ¹¹⁹⁾, sondern unparteiischer Betreuer der Parteien sei. Diese Mittlerstellung des Notars zwischen den vor ihm erscheinenden Parteien ist in neuerer Zeit ¹²⁰⁾ immer wieder betont worden. Einseitige Interessenvertretung muß dem Notar fremd sein. Im Dienste der vors. R.pfl. hat er den Willen der Beteiligten auf Gesetz und Recht auszurichten und sich nicht ihrer im Interesse und zum Vorteil einer Partei zu bedienen.

116) S. 12 im Anschluß an RGZ 113,304 f.

117) S. unten S. 30.

118) ABL.KR.Nr.1 S.6.

119) Hier liegt einer der großen Unterschiede zwischen Notar- und Anwaltsberuf.

120) So von FEYOCK, DNotZ 52,249; GONNELLA, Notartag 1956, S.58; HIEBER, DNotZ 52,259 f.

So läßt sich also, um auf OERMANN zurückzukommen, der hoheitliche Charakter der notariellen Beurkundungstätigkeit nicht daraus herleiten, daß der Notar, vorausgesetzt, daß er als "Staatsorgan" zu bezeichnen wäre, zu ihr nur im Gesamtinteresse des Volkes befugt ist. Denn dieses tritt dabei oft hinter den privaten Interessen der Beteiligten zurück, an deren rechtswirksamer, rechtsvorsorgender Gestaltung der Staat in vielen Einzelfällen Anteil nimmt.

Schon SIGLOCH ¹²¹⁾ hat zur Frage, was zum öffentlichen Recht gehört, eine Theorie vertreten, die in den oben von WOLFF wiedergegebenen Gedanken anklingt. Danach seien als öffentliches Recht diejenigen Rechtssätze zu kennzeichnen, an deren Tatbestand der Staat notwendig als Berechtigter oder Verpflichteter beteiligt sei. - Wie aber soll im Einzelfall erkannt werden, ob man es mit dem "Staat" zu tun hat oder nicht? Der Versuch SIGLOCHS würde gerade für den Notar nicht ausreichen.

Der Bundesgerichtshof ¹²²⁾ kommt, wenn auch im Zusammenhang mit einer behördlichen Beurkundung, so doch in allgemein gültiger Formulierung bezüglich der Beurkundung der vor einer Behörde oder Urkundsperson abgegebenen Erklärung nach § 415 ZPO grundsätzlich zu demselben Ergebnis, daß sie nämlich der "öffentlichen Fürsorge" (sic!) angehöre und sich mithin als Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle. Im übrigen will der Bundesgerichtshof bei öffentlichen Urkunden, die von der Behörde (oder entsprechend einer Urkundsperson) selbst abgegebene Erklärungen enthalten (§§ 417, 418 ZPO), nach ihrem hoheitsrechtlichen oder privatrechtlichen Inhalt unterscheiden und danach entscheiden, ob ihre Errichtung hoheitsrechtliche Gewaltausübung darstellt oder nicht.

Dem kann man nicht folgen. Es ist nicht einzusehen, warum bei den Urkunden rechtsgeschäftlichen und anderen Inhalts, insofern die rechtliche Natur der Errichtungstätigkeit betroffen ist, ein Unterschied gemacht werden soll. Die vom Gesetz in §§ 415,

121) Unternehmungen der öffentlichen Hand, 1928 (zit.nach SCHLUTIUS, S.51).

122) BGHZ 6,304 ff (308/309).

417 und 418 ZPO tatsächlich gemachten Unterschiede liegen in den verschiedenen Beweiswirkungen. Sie erklären sich daraus, daß einerseits v o r der Behörde oder zum Beispiel dem Notar eine Erklärung abgegeben und dann urkundlich aufgenommen wird, so daß der Vorgang als solcher, das heißt die Abgabe dieser oder jener Erklärung, von einer Person über diesen oder jenen Gegenstand von der Behörde oder der Urkundsperson - aber naturgemäß auch nur insoweit - richtig beurkundet werden kann, andererseits aber Tatsachen bezeugt werden, die v o n der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen worden sind und deshalb als richtig, das heißt als tatsächlich geschehen, angesehen werden. Die Unterschiede im Beweisumfang sind also, wie aufgezeigt, notwendig. Warum sich aber an der Ausübung öffentlicher Gewalt etwas ändern soll, je nachdem ob die von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung hoheitsrechtlichen oder privatrechtlichen Inhalt hat, ist nicht begründet dargetan. Ob die Urkunde Rechtsgeschäfte, Tatsachen oder Entscheidungen enthält, kann nur für die Beweiswirkung Bedeutung haben, für die Rechtsnatur der Urkundstätigkeit folgt daraus nichts. Entscheidend für diese Rechtsnatur ist nur, ob die Urkundstätigkeit zur Zuständigkeit des Notars oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt gehört, der entsprechende berechtigende oder verpflichtende Rechtssatz als Subjekt nur ihn nennt, nicht aber auch Privatpersonen, die nicht Träger öffentlicher Gewalt sind. Immer und nur dann ist festzustellen, daß es sich um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelt.

5.) Wir tragen keine Bedenken, die öffentliche Urkundstätigkeit der Exekutive (im weitesten Sinne) zuzurechnen, da sie ganz offenbar nicht der Legislative oder Jurisdiktion angehört.¹²³⁾ Die Gegenmeinungen GONELLAS, BAURS und LENTS erfor-

123) Für diese Ansicht kann auch BETTERMANN, S.35 sub 6, in Anspruch genommen werden, der die Mitwirkung der Gerichte im Urkundswesen als verwaltende Tätigkeit anspricht. - Ist aber schon die von den Richtern gehandhabte Urkundstätigkeit Verwaltung, dann trifft dies erst recht für die Beurkundungstätigkeit der nichtrichterlichen Notare zu. - Von der obigen Einordnung geht auch FEYOCK, DNotZ 52,257 aus, wenn er dem Notarverfassungsrecht das Notarverwaltungsrecht gegenüberstellt.

dem aber eine kurze Stellungnahme hierzu:

GONNELLA ¹²⁴⁾ stellt der Rechtspflege die Verwaltung gegenüber. Beide Rechtskreise bilden aber kein Gegensatzpaar, sie überschneiden sich vielmehr. Vors. R.pfl. und richterliche Tätigkeit sieht GONNELLA als Wahrnehmung ein und derselben Staatsfunktion, als zur Dritten Gewalt im Sinne der klassischen Einteilung gehörig an. ¹²⁵⁾ Unter Rechtspflege begreift er die Rechtsprechung und die vors. R.pfl. und innerhalb ihrer die Urkundstätigkeit der Notare und wendet so das Gewaltenteilungsprinzip auf die notarische Tätigkeit derart an, daß er Grundsätze, die aus der Dritten Gewalt folgen, auch auf die Notare bezieht. ¹²⁶⁾ Ohne hier kritisch zu den Konsequenzen einer solchen Einteilung Stellung zu nehmen, sei nur GONNELLAS Prämisse auf ihre Richtigkeit untersucht. Wie wenig sich diese Einteilung mit dem herrschenden Verfassungsrecht verträgt, beweisen die Artikel 20 Abs.2 und 3 und 92 BGG, in denen von der Dritten Gewalt als der "Rechtsprechung", beziehungsweise der "rechtssprechenden Gewalt" die Rede ist, und die Überschrift des IX. Abschnittes des Bonner Grundgesetzes, der "Rechtsprechung" betitelt ist. Wie man angesichts dieser eindeutigen Bezeichnung einen Austausch des Begriffs der Rechtsprechung gegen den weitgespannten Begriff der Rechtspflege vornehmen kann, ist unerfindlich. Man kann streiten über das, was dem Bereich der Rechtsprechung zuzuzählen ist, und wird dabei ohne weiteres zugeben müssen, daß darunter die notarische vors. R.pfl. nicht fällt; man kann aber nicht im Sinne der Gewaltenteilung von Rechtspflege da sprechen, wo die geltende Verfassung für die Dritte Gewalt einen ersichtlich engeren Begriff verwendet, und auf diese Weise dann die vors. R.pfl. der Notare in der Dritten Gewalt mitbegreifen. Rechtspflege verdient nur da der vom Verfassungsgesetzgeber als Rechtsprechung bezeichneten Dritten Gewalt zugeordnet zu werden, wo ihre Akte im Rahmen richterlicher Unabhängigkeit und in einem Verfahren ergehen, das den An-

124) DNotZ 56,454 und Notartag 1956,45 u.67, wenn er auch im Widerspruch dazu die Vorsorge der Daseinsvorsorge zurechnet, die doch ohne Zweifel Verwaltungstätigkeit ist.

125) Notartag 1956,56 f, 62 f, 65,67 ff.

126) Ebenso HORNIG, DNotZ 58,342.

forderungen des Rechtsweges entspricht, also in einem Prozeßverfahren.¹²⁷⁾ Zumindest ist aber nur diejenige Rechtspflege Rechtsprechung, die in den Händen von persönlich und sachlich unabhängigen Richtern liegt.¹²⁸⁾ Daran sollte unseres Erachtens seit Art. 92 und 97 BGG kein Zweifel mehr bestehen. Die Terminologie GONNELIAS ist also nur insoweit richtig, als Rechtspflegeaufgaben im funktionellen und materiellen Sinne (wie die echten Streitsachen) oder nur im funktionellen Sinne (wie die freiwillige Gerichtsbarkeit, soweit sie nicht anderen Funktionsträgern übertragen ist) Rechtsprechung sind, also zur Dritten Gewalt gehören. Soweit sie aber, wie zum Beispiel die Beurkundungen, anderen Rechtssubjekten als Richtern übertragen sind, scheiden sie aus der Betrachtung der Dritten Gewalt aus. Von Rechtsprechung bleibt dann weder im funktionellen noch im materiellen Sinne etwas übrig. Rechtspflege Tätigkeit ist dann Verwaltungstätigkeit, nicht nur im materiellen, sondern auch im funktionellen Sinne. In staatsrechtlicher Sicht ist es also irreführend, bei Rechtspflege von ein und derselben Staatsfunktion im Sinne der Dritten Gewalt zu sprechen.¹²⁹⁾ Daß sie, ihre Wahrnehmung durch Staatsorgane unterstellt, auch Verwaltung sein kann, wird nur dadurch undeutlich, daß sie im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit funktionell Richtern übertragen sein kann,¹³⁰⁾ umso deutlicher aber, wenn sie, wie die Beurkundungen, daneben¹³¹⁾ (oder ausschließlich, wo Beurkundungsmonopol für Notare besteht¹³²⁾) nichtrichterlichen Rechtssubjekten zur Ausübung überantwortet wird.

BAUR¹³³⁾ gelangt zu dem Ergebnis, daß das Urkundswesen (inner-

127) TIETGEN, NJW 56, 1133.

128) So im Ergebnis auch TIETGEN, aaO.; Hess.VGH, DÜV 49, 460.

129) S. oben S. 11 u. Fußn. 46 u. 47 daselbst.

130) Als Grund führt PETERS, Gewaltentrennung, S. 18, an, daß zu ihrer Ausübung die genaue Kenntnis des Privatrechts erforderlich sei. - Aber diese Kenntnis verbürgt der Notar ebenso gut, weshalb es durchaus denkbar wäre, daß große Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Notaren übertragen würden.

131) RGSt 17, 344/345; RG GRUCH 30, 699, aber nicht nur an ihrer Stelle wie BORNHAK, S. 96, meint.

132) S. oben S. 16.

133) DNotZ 55, 507 ff. (519).

halb der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) eine öffentliche Tätigkeit eigener Art betreffe und weder unter den Begriff der Rechtsprechung noch unter den der Verwaltung gebracht werden könne. Daß das Urkundswesen mit Rechtsprechung nichts zu tun hat, ist sicher und bedarf keiner Erklärung, wo aber eine hoheitliche Tätigkeit "eigener Art" eingeordnet werden soll, wenn sie weder der Gesetzgebung noch der Rechtsprechung noch der Verwaltung angehört, bleibt offen. Innerhalb der Gewaltenteilungslehre hätte sie demnach keinen Platz, sie würde "in der Luft hängen". Diese Ansicht BAURS stellt den Verzicht auf Einordnung dar.¹³⁴⁾ Er weist darauf hin,¹³⁵⁾ daß öffentliche Beurkundungen in einem geordneten Staatswesen wegen der Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs und wegen ihrer der Sicherung des materiellen Rechts dienenden Aufgabe ein öffentliches Anliegen sein müssen. In dieser Eigenart unterschieden sie sich aber von der Verwaltung, deren Wesen (viel zu eng) BAUR in der Sorge um Aufrechterhaltung und Sicherung der Ordnung des öffentlichen Gemeinwesens, auch im Fall der Beschäftigung mit dem Einzelschicksal, sieht.¹³⁶⁾ Dem ist entgegenzuhalten, daß zum Beispiel die Daseinsvorsorge einerseits, in der es oft um die privaten Belange der Bürger geht, die aber auch BAUR innerhalb der Verwaltung betrachtet, und die "staatliche Mithilfe bei der Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen"¹³⁷⁾ andererseits sachlich zusammengehören. Bei beiden besteht ein öffentliches Interesse an der Gestaltung der Rechtsbeziehungen und Rechtswirkungen. Gerade die Beachtung der Vorschriften über die strengen Formerfordernisse für Urkunden haben ebenso eine Ordnungsfunktion zu erfüllen wie das sonst

134) Ebenso verzichtet O.WEBER, DNotZ 52,315, auf jede Einordnung, wenn er ausführt, daß das Wesen des Notariats nicht die Belange der Staatsführung wahrzunehmen habe, sondern im Dienste privater Interessen stehe. Dennoch erhöhe sich die Aufgabe des Notarstandes über das Privatinteresse hinaus zu einem Dienste an der Verwirklichung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit in der menschlichen Gesellschaft, - deshalb seien den Notaren hoheitliche Befugnisse beigelegt worden.

135) AaO., S.518.

136) AaO., S.516; ebenso GONNELLA, Notartag 56,45.

137) BOEHMER, Einführung, S.33.

ge Verwaltungshandeln. Ordnung innerhalb der privaten Rechtssphäre ist dabei für das Gemeinwesen nicht weniger entscheidend als die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Das hat der Gesetzgeber dadurch zu erkennen gegeben, daß er jeweils verbindliche Regeln aufgestellt hat. Dennoch auf Grund in der Sache liegender Unterschiede eine Ausklammerung der öffentlichen Beurkundung aus dem anerkanntermaßen großen Wirkungsbereich der Verwaltung vornehmen zu wollen, erscheint demgegenüber gezwungen.

LENT ¹³⁸⁾ grenzt die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Verwaltungssachen jeweils nach dem Gegenstand des Verfahrens voneinander ab: Die Verwaltung habe es durchweg mit einem Gegenstand zu tun, der dem öffentlichen Recht angehöre, während die freiwillige Gerichtsbarkeit es mit privatrechtlichen Angelegenheiten zu tun habe. Auch wenn das Gericht eine Art von Verwaltungstätigkeit ausübe (zum Beispiel das Vormundschaftsgericht), so seien - wenn auch teilweise im öffentlichen Interesse - doch private Rechte und Interessen zu wahren und zu besorgen. Muß man also annehmen, daß auch die im freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetz geregelte Urkundstätigkeit (§§ 167 ff. leg.cit.) nach LENT nicht Verwaltung sein soll, so ist mit BETTERMANN ¹³⁹⁾ ein Zweifaches zu erwidern: Einmal hat auch die "Verwaltungssache" und ihr Verfahren Rechte und Rechtsverhältnisse des Privatrechts, nicht nur des öffentlichen Rechts, zum Gegenstand. So ist zum Beispiel die Mitwirkung des Standes- (also eines Verwaltungs-) beamteten Tätigkeit auf dem Gebiete des Privatrechts, Mitwirkung bei der Privatrechtsgestaltung; ebenso ist die Befreiung vom Ehehindernis der mangelnden Volljährigkeit (§ 1 EheG) zwar materiell ein Verwaltungsakt, aber der Gegenstand des Verfahrens, die Eheschließung, gehört doch dem Privatrecht an. Zum anderen hat die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht nur mit privatrechtlichen Angelegenheiten zu tun, indem sie private Rechte und Interessen wahrt und besorgt; auch mit der Beachtung des öffentlichen Interesses ist sie befaßt. So zum Beispiel nach § 65 FGG der Amtsrichter bei der Bestätigung einer Adoption, wobei er

138) FG, S.4.

139) Festschrift, S.19 ff.

nicht nur die Interessen der Beteiligten zu beachten und zu wahren hat, sondern auch die der Allgemeinheit (arg. § 1754 Abs.2 Ziff.3 BGB).

Die Abgrenzung LENTS nach dem Gegenstand des Verfahrens ist also wenig genau. Sie kann den oben von uns eingenommenen Standpunkt nicht erschüttern.

Nach diesen Erörterungen vermögen wir allerdings in der Bezeichnung des Notars als Trägers eines öffentlichen Amtes auch mehr zu erblicken als nur denjenigen, der die im institutionell bestimmten Aufgabenkreis zusammengefaßten Zuständigkeiten als Geschäfte des ihn bestellenden Landes wahrnimmt, nämlich den, der (zum mindesten) seine Urkundsgeschäfte in Ausübung öffentlichen Gewalt als öffentliche Verwaltung besorgt. Dies war aber seine Kennzeichnung als Träger eines öffentlichen Amtes noch nicht zu entnehmen. Man mußte den Weg hierher zurücklegen.

§ 6. Die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege.

a) § 26 Abs. 1 RNotO (§ 24 Abs. 1 BNotO) erklärt den Notar auch für die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vors. R.pfl. für zuständig. Will man die Amtstätigkeit des Notars durch einige Beispiele beleuchten, so ist es nötig, auch die sonstige Rechtsbetreuung zu berücksichtigen, da sie in zunehmendem Maße neben der Urkundstätigkeit eine Rolle spielt.¹⁴⁾

Die Tätigkeit des Notars muß nicht immer in einem Urkundsgeschäft ausmünden. Den Beteiligten kann daran liegen, zur Regelung ihrer privaten Rechtsverhältnisse den Rat eines erfahrenen Notars einzuholen, oder bei Geschäften, die dem Urkundszwang nicht unterliegen, sich von ihm lediglich einen Urkundsentwurf anfertigen zu lassen. Beratung, Anfertigung von Urkundsentwürfen und die Vertretung der Beteiligten vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden werden als häufige Handlungen des Notars außerhalb der Urkundstätigkeit vom Gesetz als Beispiele der sonsti-

140) Vgl.hierzu SEYBOLD, Kom.,§ 26 Anm.I 1 (S.345); GONNELLA, Notartag 1956,S.52, der von einem "eigenständigen notarisches Beratungsamt" spricht.

gen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete der vors. R.pfl. hervorgehoben (§ 26 Abs. 1 RNotO, § 24 Abs.1 BNotO).

Nun ist es nicht so, daß durch diese gesetzliche Zuweisung der Notar als Konkurrent neben den Anwalt gestellt würde. Denn durch den oben in § 4 für die vors. R.pfl. abgesteckten Rahmen sind dem Notar Beschränkungen auferlegt, über die er sich nicht hinwegsetzen darf. Allerdings ist dieser Rahmen nicht fest bestimmt; er ist so weit, wie vors. R.pfl. eben gehen kann, umfaßt aber zum Beispiel nicht mehr die Vertretung und Wahrnehmung zweifelhafter oder bestrittener Interessen einzelner gegenüber anderen. Immerhin ist dem Notar in diesem Rahmen aber die Möglichkeit eingeräumt, nicht nur durch Beurkundungen, sondern auch sonst für die Zukunft greifbar Vorsorge zu treffen, wenn die entsprechenden Akte ihrem Wesen nach nur darauf hinzielen, Streit zu verhindern, den Rechtsfrieden zu wahren und die Rechtssicherheit zu erhöhen. Überschneidungen mit der anwaltlichen Tätigkeit sind also denkbar und möglich, denn schließlich wirkt auch der Anwalt auf gütliche Übereinkunft zwischen den Parteien hin, wenn er auch oft erst zu Rate gezogen wird, sobald die Fronten derart erstarrt sind, daß es ohne Anrufung des Gerichtes nicht mehr geht; wenn weiter auch ein grundlegender Unterschied zur notarischen Berufsgrundeinstellung darin besteht, daß der Anwalt eine Partei vertritt, der Notar aber unparteiischer Betreuer der Beteiligten ist, wie es § 14 Abs.1 S.2 BNotO jetzt ausdrücklich hervorhebt und auch vom Eid des Notars mitumfaßt wird (§ 13 Abs.1 BNotO). Aber auch nach der RNotO war diese Pflicht des Notars zur unparteiischen Betreuung allgemein anerkannt.¹⁴¹⁾ Auf diese Überschneidung wird auch in § 26 Abs.2 RNotO (§ 24 Abs.2 BNotO) eingegangen. Bei einem Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist (also bei einem Anwaltsnotar oder bei einem Notaranwalt), ist danach zu vermuten, daß er bei Handlungen der in § 26 Abs.1 RNotO (§ 24 Abs.1 BNotO) bezeichneten Art als Notar tätig geworden ist, wenn sie dazu bestimmt sind, Amtsgeschäfte der §§ 22-25 RNotO (§§ 20-23 BNotO) vorzubereiten oder auszuführen. Sonst soll im Zweifel angenommen werden, daß

141) GONNELLA, Notartag 1956, S.58; FEYOCK, DNotZ 52,249; HIEBER, DNotZ 1952,259/260; SEYBOLD, DNotZ 38,651 ff.

der Anwaltsnotar oder Notaranwalt als Rechtsanwalt tätig geworden ist. Diese im ersten Fall unwiderlegbare, im anderen einen Gegenbeweis zulassende Vermutung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die gleiche Tätigkeit bei Vornahme durch den Notar dem Amtshaftungsrecht, § 21 RNotO (§ 19 BNotO), unterliegt während sie bei Ausübung durch den Rechtsanwalt nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilen ist.¹⁴²⁾ Jedenfalls ist diese Vorschrift auch ein Indiz dafür, daß sich der Gesetzgeber hier der für Anwälte und Notare mitunter gleichen Tätigkeiten bewußt war. Wäre der Anwalt nämlich für diese Tätigkeit gar nicht zuständig, so wären die vom Gesetz aufgestellten Vermutungen zwecklos. Für einen Nurnotar bedarf es der Bestimmung des § 26 Abs.2 RNotO (§ 24 Abs.2 BNotO) nicht. Nimmt er die in § 26 Abs.1 RNotO (§ 24 Abs.1 BNotO) bezeichneten Handlungen vor, so sind sie im Rahmen der vors. R.pfl. Amtsgeschäfte, und zwar auch dann, wenn sie selbständig außerhalb der Urkundstätigkeit vorgenommen werden, während sie beim Anwaltsnotar oder Notaranwalt nur als Notartgeschäfte gelten, wenn sie eine Beurkundung vorbereiten oder ausführen, also mit ihr aufs engste verknüpft und daher unselbständige Bestandteile derselben sind.¹⁴³⁾ In diesem Fall, in dem der Beruf des Anwalts und des Notars durch ein und dieselbe Person ausgeübt wird, bedarf es also einer Regelung wie der des § 26 Abs.2 RNotO (§ 24 Abs.2 BNotO).

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß den Nurnotaren gewisse anwaltliche Geschäfte zu führen gestattet ist. Es ist dies der Bereich, der auch nicht auf die Anwälte beschränkt ist, innerhalb dessen sich vielmehr auch Rechtskundige, Syndici usw. betätigen. Für diesen Aufgabenkreis wird man bei den Notaren in der Regel einen gewissen Zusammenhang mit ihren übrigen Geschäften voraussetzen können und müssen. Für die Stellung des Notars folgt daraus aber nichts, da es sich insoweit nicht um spezifische notarische Aufgaben handelt. Damit soll dieser Bereich in

142) Im ersten Fall wird auch die Aufsicht vom OLG- bzw. LG-präsidenten, im anderen Fall von der Rechtsanwaltskammer ausgeübt.

143) Gemeint sind z.B. die aus Anlaß einer Beurkundung vorgenommene Belehrung der Beteiligten, Prüfung der Geschäftsfähigkeit, Grundbucheinsicht usw.

seiner praktischen Bedeutung freilich nicht unterschätzt werden. Die Abfassung von Gesellschaftsverträgen (ohne daß diese stets beurkundet werden müssen - zum Beispiel oHG-Vertrag), Miet- und Pachtverträgen, Lizenzverträgen usw. bilden vielmehr für manche Notare den überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit.

b) Ob die bisweilen gleichen Tätigkeiten auch rechtlich vergleichbar sind, ist im folgenden zu untersuchen, da wir auch für die sonstige Rechtsbetreuung auf dem Gebiet der vors. R.pfl. den Zuordnungsbereich zu bestimmen haben, nachdem dies für die Urkundstätigkeit bereits geschehen ist. Gehört also die sonstige Betreuung auf dem Gebiet der vors. R.pfl. ebenso wie die Urkundstätigkeit dem Bereich öffentlicher Gewaltausübung an oder ist sie privatrechtlicher Natur?

Nach den im vorigen Paragraphen gewonnenen Ergebnissen kann die Antwort nun nicht mehr schwierig sein. Erinnern wir uns: Ist eine Tätigkeit, deren Rechtsnatur in Frage steht, n u r einem Träger öffentlicher Gewalt zur Ausübung zugewiesen, können nicht auch andere Personen in gleicher Weise schon auf Grund bürgerlichen Rechts tätig werden, haben wir es mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu tun. Danach und nach den Ausführungen in § 5a ergibt sich schon, daß die dem Notar übertragene sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vors. R.pfl. nicht öffentlichrechtlicher Natur ist, da mit ihr ebenso ein Rechtsanwalt, ein Subjekt, das nicht Träger öffentlicher Gewalt ist, sich befassen kann. Der Wortlaut des Gesetzes, das in der amtlichen Überschrift zu den §§ 22-28 RNotO (§§ 20-25 BNotO) von der "Amtstätigkeit" spricht und folglich auch die in § 26 RNotO (§ 24 BNotO) behandelte sonstige Betreuung auf dem Gebiet der vors. R.pfl. darunter versteht, - was in diesen Vorschriften (Abs.1) auch noch eigens durch die Worte "Zu dem Amt des Notars gehört auch die sonstige Betreuung ..." zum Ausdruck kommt - steht nur scheinbar im Widerspruch zu diesem Ergebnis. Allerdings wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß auch diese Tätigkeit hoheitlichen Charakter trage.

Dieser Ansicht sind BAUR ¹⁴⁴⁾, GONNELLA ¹⁴⁵⁾ und HIEBER ¹⁴⁶⁾. Auch BRAND scheint dieser Auffassung zu sein. ¹⁴⁷⁾ HIEBER be-
ruft sich hierfür auf den obengenannten Wortlaut des Gesetzes.
Wir haben aber schon betont, ¹⁴⁸⁾ daß unter den Begriff des
öffentlichen Amtes die im eigenen oder fremden Namen geführten
Geschäfte einer öffentlichen Organisation zusammengefaßt sind
und "der öffentlichrechtliche Charakter des Amtes unabhängig
von der Art der wahrgenommenen Geschäfte" ist. Als Amt wird
eben auch der institutionell bestimmte Aufgabenkreis des Vorm
des, also ein privates Amt bezeichnet. Aus dem Wortlaut des Ge-
setzes kann man also nicht ersehen, ob es sich um hoheitliche
oder privatrechtliche Betätigung handelt. Der hier vertretene
Auffassung sind auch SEYBOLD - HORNIG - LEMMENS, die ausführen
daß die unter § 26 RNotO (§ 24 BNotO) fallenden Geschäfte nicht
obrigkeitlicher Natur seien, ¹⁴⁹⁾ sie gehörten sowohl zu den
Aufgaben des Notars wie zu denen des Rechtsanwaltes ¹⁵⁰⁾. Wenn
sie an anderer Stelle ¹⁵¹⁾ schreiben, daß diese Geschäfte vom
Notar gleichwohl, im Gegensatz zur früheren, auf Grund privat-
rechtlichen Vertrages vorgenommenen Rechtskundigentätigkeit,
kraft seines Amtes ausgeübt würden und die Vorschriften der
RNotO mit den im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen ¹⁵²⁾ auch für
sie gälten, so wird klar, daß diese Autoren sich nicht von dem
Ausdruck "Amtstätigkeit" haben irreführen lassen. Es handelt
sich hierbei eben nicht um einen terminus technicus des öffent-
lichen Rechts. Immerhin treffen auch diese Autoren nur eine -

144) FG I, § 9 II 2b (S.109/110), wo er, wie auch in der Zusammenfassung zu § 9 (S.116), allerdings verkennt, daß beide Urkundstätigkeit und sonstige Betreuung, auf dem Gebiet vors.Rpfl. vor sich gehen können, und daß nicht zwischen dem Urkundswesen und dem Gebiet vors.R.pfl. unterschieden wird (arg.§ 1 RNotO, ebenso BNotO). In gleicher Weise verkennt dies SEYBOLD, Kom., § 26 Anm.I 2.

145) Notartag 1956, S.53.

146) DNotZ 54, 465.

147) S.23: "ebenso wie sie (die Notare), namentlich bei der Beurkundung, obrigkeitliche Aufgaben erfüllen, ...".

148) Vgl. § 3.

149) Ebenso auch, wenn auch nur implicite, VOLLMER-SCHWARZ, Kom § 2 Anm.5: der Notar habe die Möglichkeit, neben rein hoheitlichen Urkundsbefugnissen im gewissen Umfange eine beratende und betreuende Beschäftigung auszuüben.

150) SEYBOLD, Kom., Vorbem. 2 vor § 22.

151) AaO., Vorbem. 1b vor § 22.

152) Vgl. z.B. §§ 16, 17, 18 Abs.2 RNotO, jetzt §§ 15, 16, 17 Abs.2 BNotO.

im Ergebnis richtige - Feststellung, die einer Begründung bedurft hätte. Sollte man sie darin zu suchen haben, daß sie sagen, ¹⁵³⁾ nur die Urkundstätigkeit habe die hoheitliche Stellung des Notars zur notwendigen Voraussetzung, dann wäre dies für sich allein unvollständig und zur Begründung nicht ausreichend.

Diejenigen, die der Meinung sind, es handle sich bei der sonstigen Betreuung auf dem Gebiet der vors. R.pfl. ebenfalls um Ausübung öffentlicher Gewalt, mögen einwenden, daß doch auch tatsächlich gleiche Tätigkeiten einmal kraft öffentlichen Rechts mit hoheitlicher Gewalt, zum anderen von Privatpersonen kraft Privatrechts mit anderen, ausschließlich privatrechtlichen Folgen verrichtet werden, ¹⁵⁴⁾ wie die Beispiele des öffentlich angestellten Lehrers oder Arztes, beziehungsweise des Privatlehrers oder -arztes ¹⁵⁵⁾, beweisen. Dies trifft allerdings zu.

Es kommt hierin die staatliche Organisationsgewalt zum Ausdruck. Noch mehr: der Staat, vor allem der moderne, der dazu neigt, immer mehr Lebensgebiete von sich aus zu gestalten und zu verwalten, kann den Umfang seiner Tätigkeit souverän bestimmen; er kann das eine Lebensverhältnis Privatrechtssubjekten zur Regelung und Ausübung überlassen, ein anderes zur eigenen hoheitlichen Erledigung an sich ziehen. ¹⁵⁶⁾ Aber auch in bezug auf ein und dasselbe Lebensverhältnis kann er in dieser und jener Weise verfahren. Das Gebiet, das er zunächst noch nicht seinem Machtbereich eingliedert, kann er später übernehmen, ¹⁵⁷⁾ doch lassen die Gesetze dann den Willen des Gesetzgebers zur Eingliederung in den staatlichen Funktionsbereich erkennen. Oft werden sie allein aus diesem Grunde gemacht. Nicht zu Unrecht hat CANTNER ¹⁵⁸⁾ den Staat als Crösus bezeichnet: Zu öffentlichem Recht werde, was er anrühre. Es kommt nur darauf an, ob das Interesse des Staates an einer bestimmten Materie soweit geht, daß er sich

153) am in Fußn. 150 a.O.

154) S.hierzu WOLFF in Anm. zu BGH JZ 53,554 (IIb).

155) A.A. WEISSLER, Preuss.Notariat, S.14: selbst wenn alle Ärzte Beamte seien, würde die Heilkunde nicht im Namen des Staates verrichtet.

156) S.hierzu die Ausführungen von BUHL, Rechtsverhältnis, S.34; HIEBER, DNotZ 54,468; O.MAYER, VwR II, § 49 I Fußn.2 (S.244); SCHLUTJUS, S.50.

157) wie er es z.B. mit der Postverwaltung gemacht hat.

158) § 2 Fußn.32, § 3 (S.23) und § 4 (S.36).

für diese fortan zuständig erklärt und sie durch seine Organe erledigen läßt.

Doch besagen dieser denkbare Einwand und die Ausführungen hier zu für die sonstige Betreuung durch Notare auf dem Gebiet von R.pfl. noch nicht, daß auch insoweit eine "Verstaatlichung" stattgefunden hätte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum als von dem im vorhergehenden Paragraphen herausgestellten Grundsatz abgewichen werden sollte. Denn Handlungen, die auch zum Spiel ein Rechtsanwalt vornehmen darf, werden nicht ohne weiteres dadurch, daß sie in gleicher Lage ein Notar ausführt, zur Ausübung öffentlicher Gewalt. Nirgends kommt im Gesetz, d.h. der RNotO und BNotO, zum Ausdruck, daß auch die notariische Tätigkeit, mag sie auch an Bedeutung gewonnen haben, in Ausübung öffentlicher Gewalt vor sich geht; auch nicht, wie dargelegt, durch die bloße Bezeichnung der Tätigkeit als Amtstätigkeit.

Ein Anhaltspunkt für diese Ansicht mag auch noch in § 16 S.1 RNotO (§ 15 S.1 BNotO) erblickt werden, der den Notaren die Pflicht zur Amtsausübung nur in bezug auf die Urkundstätigkeit auferlegt.

Auch muß in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen werden, daß das Hauptaufgabengebiet des Notars die Urkundstätigkeit ist und die RNotO (BNotO) selbst den sonstigen Betreuungsgeschäften insofern nur untergeordnete Bedeutung beimißt, als sie lediglich in § 26 (§ 24) auf sie eingeht. Wenn aber die Haupttätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt ausgestaltet worden ist, muß dies nicht auch mit der Nebentätigkeit geschehen sein. Dagegen lag es nahe, bei der Neuordnung des Notarrechtes im Jahre 1933 die ohnehin mißliche und zu vielen Zweifelsfragen Anlaß gebende Trennung zwischen eigentlicher Urkundstätigkeit und Rechtskuratortätigkeit, zu deren Vornahme der Notar auf Grund privaten rechtlichen Vertrages sich verpflichtete, insofern zu beseitigen, als man letztere mit in die Amtstätigkeit einbezog, so daß nunmehr beide Tätigkeiten des Notars als Amtstätigkeiten zu behandeln sind.

Im Ergebnis ist also folgendes festzuhalten: Da in bezug auf sonstige Rechtsbetreuung im Sinne von § 26 RNotO (§ 24 BNotO) auch Rechtsanwälte auf Grund privaten Rechts tätig sein dürfe

haben wir es insoweit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu tun, wenngleich die Vorschriften der RNotO (BNotO) mit den im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen auch für diesen Geschäftsbereich gelten¹⁵⁹⁾.

§ 7. Die Ausübung der notariischen Urkundstätigkeit im eigenen Namen.

Von dem Ziel, die Rechtsstellung des Notars juristisch zu kennzeichnen, trennt noch eine Überlegung, die hier anzustellen ist: Während nämlich Staatsorgane und ihre Organwalter stets im Namen dessen, der sie eingerichtet, beziehungsweise angestellt hat, im Namen des öffentlichen Verbandes, in dessen Organisation sie eingegliedert sind, handeln, handelt der Notar im eigenen Namen. Das tritt bei der hoheitlich gehandhabten Urkundstätigkeit deutlich in die Erscheinung, wenn es zu Beginn einer jeden Urkunde heißt: "Vor dem unterzeichneten Notar erschien(en)" und die Urkunde dann schließt mit der Unterschrift des Notars und dahinter "Notar". Ein anderer "Zurechnungspunkt" für das gerade wahrgenommene Geschäft als der Notar selbst ist nicht erkennbar.

Auch das nach § 2 I 1 DOfNot¹⁶⁰⁾ von den Notaren zu führende Amtssiegel (Prägesiegel und Farbdruckstempel) ändert nichts an dieser Beurteilung. Die Umschrift enthält nämlich nach § 2 I 2 DOfNot (ebenso DOfNot 1961) nur den Namen des Notars nebst den

159) Also vor allem auch § 21 RNotO (§ 19 BNotO), wonach Amtshaftungsrecht entsprechend gilt.

160) AV des RJM v.5.6.1937 (DJ 1937,S.874) i.d.F.der AV v. 11.7.1938 (DJ 1938,S.1088), 25.4.1939 (DJ 1939,S.699), 12.11.1940 (DJ 1940,S.1322), 16.7.1941 (DJ 1941,S.791), 30.6.1942 (DJ 1942,S.457) u.14.4.1943 (DJ 1943,S.247); - ebenso nach § 2 I 1 DOfNot v.6.3.1961 (DOfNot 1961), die bundeseinheitlich eingeführt ist: Baden-Wttbg.:AV des JM v.25.8.61 (Die Justiz,S.241); Berlin:AV v.14.3.61 (ABl. S.339); Bremen:AV v.17.3.61 (Amtl.Mittlg.f.d.brem.Beh.Nr. 14,S.85); Hamburg:AV v.18.4.61 (Nr.17/61); Hessen:Rd.Erl. MdJ v.11.3.61 (JMBl.S.39); Niedersachsen:AV v.6.3.61 (Nds.Rpfl.S.42); Nordrh.-Westf.:AV v.7.3.61 (JMBl.S.61); Rheinl.-Pfalz:AV v.9.3.61 (JBl.S.37); Saarland:LV v. 6.3.61 (JBl.Saar,S.55); Schlesw.-Holst.:AV v.6.3.61 (SchlHA,S.75); Bayern:Bekanntmachung v.22.3.61 (Bay. JMBl.S.35).

Worten "..... Notar in(Ort)", läßt also auch insoweit den Notariatsakt wiederum nur als von dem betreffenden Notar herrührend erkennen. Dadurch, daß das Amtssiegel in seiner Mitte das Landeswappen trägt, wird es nicht zu einem Staatssiegel im eigentlichen Sinne. An dem Wappen erkennt man nur, daß allhoheitliche Gewalt, alle öffentliche Verwaltung, sich letztlich vom Staate herleitet. Die vom Notar wahrgenommenen Funktionen haben ihren Ursprung in der Staatsgewalt, daran besteht kein Zweifel, jedoch mit der Besonderheit, daß sie den Notaren zur Ausübung im eigenen Namen übertragen worden sind.

Das übersieht offenbar der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10.3.1951 ¹⁶¹⁾, wo ausgeführt wird, der Träger eines öffentlichen Amtes besorge die in seine Zuständigkeit fallenden Geschäfte namens des Staates, sie würden diesem zugerechnet, im Gegensatz zu den Funktionen der Rechtspflege, die der Rechtsanwalt wahrnehme. Diese würden nur ihm selber zugerechnet. Der Rechtsanwalt sei daher kein Amtsträger. - Hier wird vergessen, daß es Amtsträger, wie die Notare, gibt, die im eigenen Namen handeln und selber Zurechnungsendsubjekt ihrer hoheitlichen Geschäfte sind. Das wird von GREWE ¹⁶²⁾ vollends übersehen, wenn er ausdrücklich behauptet, die Urkuntätigkeit der Notare geschähe namens des Staates.

Das Land, das den Notar bestellt hat, genauer: Der Landesjustizminister oder eines der Justizverwaltungsorgane findet in keiner Weise Erwähnung. Das ist also etwas anderes, als wenn, wie zu anderer Zeit, das Rubrum der Urkunde zum Beispiel lautete: "Wir, Wilhelm von Gottes Gnaden, König von Preussen, tun kund und fügen hiermit zu wissen, daß unser hiernach benannter Notar folgende Urkunde aufgesetzt hat: ..."

Unverkennbar weist der Schluß der Urkunde: "Der Notar (folgt Unterschrift)" oder die bloße Unterschrift des Notars auf die Tatsache eigennamentlicher hoheitlicher Betätigung hin. Wäre nämlich sonst eine Erklärung oder eine Handlung seitens eines

161) DÖV 51,669.

162) in einer dem Verf. zugänglich gewesenenen "Skizze über Frage des Zugangs zum Notarberuf im Bezirk des OLG Düsseldorf", S.11.

Subjekts des öffentlichen Rechts im Namen des Trägers der öffentlichen Gewalt, von dem es die ihm übertragenen hoheitlichen Befugnisse ableitet, abgegeben bzw. vorgenommen wird, zum mindesten aber im Namen eines Organs desselben, das möglicherweise unter eigener "Firma" nach außen aufzutreten berechtigt ist, kann bezüglich des Notars, der doch ebenfalls seine hoheitlichen Befugnisse nur vom Staat abzuleiten vermag, - da sie von Haus aus nicht in seinem Machtbereich, sondern in dem des Gemeinwesens liegen, - nichts dergleichen festgestellt werden. Der ihm ein für allemal erteilte Auftrag zur Wahrnehmung bestimmter staatlicher Belange tritt nicht durch das sonst bei jedem hoheitlichen Handeln von Amtswaltern übliche "i.A." in die Erscheinung, wie das zum Beispiel darin zum Ausdruck kommt, daß der einzelne Staatsanwalt auftritt als Vertreter seiner Behörde, die nach außen hin durch ihren Behördenleiter verkörpert wird.¹⁶³⁾ So ist eine von der Staatsanwaltschaft beim Landgericht zu erhebende Klage durch den bearbeitenden Staatsanwalt folgendermaßen zu unterzeichnen: "Der Oberstaatsanwalt, i.A., Staatsanwalt". Oder dies wird deutlich, wenn "Der Landgerichtspräsident" als selbständig handelndes Staatsorgan, nämlich als Verwaltungsbehörde, zum Beispiel gemäß § 10 Abs.1 der Verordnung zur Vereinheitlichung der Zuständigkeit in Familien- und Nachlassachen vom 31.5.1934¹⁶⁴⁾ über die Ehelichkeitserklärung entscheidet (§ 1723 BGB). Hinter der Urkundstätigkeit des Notars aber wird kein anderer Hoheitsträger erkennbar als er selbst.

Dies entspricht nicht den juristischen Gepflogenheiten der sonstigen den Subjekten öffentlicher Verwaltung zuzurechnenden Erledigung staatlicher Aufgaben. Fast immer, kann man sagen, tritt das Auftragsverhältnis zwischen Staat und Behörde oder deren Organen erkennbar zutage, ob es sich um die hoheitliche Betätigung beispielsweise eines Regierungsrates oder eines Steuerinspektors handelt. Nicht so bei dem Notar. Er handelt im eigenen Namen. Sein Handeln gilt nicht unmittelbar als solches des Staa-

163) Vgl. § 144 GVG sowie § 4 und §§ 13 ff. der AV d.RJM vom 18.12.1934 - DJ 34,1608 - hinsichtlich der Zeichnungsbefugnis.

164) RGBl. I 472.

tes. An ihm erweist sich eine der Ausnahmen von der Regel, daß grundsätzlich dem Staat oder einem seiner körperschaftlichen oder anstaltlichen Glieder oder einem seiner Organe hoheitliches Handeln zuzurechnen ist. Er ist ein nichtbeamteter Träger von Hoheitsgewalt und übt diese im eigenen Namen und zu eigenem Recht aus.¹⁶⁵⁾ Hier liegt der entscheidende Unterschied zu den sonstigen Waltern eines öffentlichen Amtes, das hoheitliche Befugnisse zum Gegenstand hat, handele es sich nun um Beamte oder um andere öffentliche Amtspersonen. Die Rechtsmacht des Notars ist ihm persönlich und zu eigener Initiative übertragen; sie haftet an seiner Person, nicht, wie die des Beamten, an dem Amt.

3. Abschnitt: Die Notare als Beliehene.

I. Kapitel - § 8. Begriff und Wesen der Beleihung in Anlehnung an das Schrifttum.

Die Privatpersonen, denen hoheitliche Befugnisse zur Ausübung in eigenem Namen übertragen worden sind, nennt man im Schrifttum terminologisch unterschiedlich, aber in der Sache übereinstimmend, "Beliehene". Der Begriff taucht erstmals bei O.MAYER¹⁶⁶⁾ auf. WOLFF¹⁶⁷⁾ faßt darunter zusammen die "beliehenen Unternehmer"¹⁶⁸⁾, die "beliehenen Verbände"¹⁶⁹⁾ und die "gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben"¹⁷⁰⁾. Dem deutschen Gesetzgeber ist der Begriff mit diesem Sinngehalt fremd.¹⁷¹⁾ Er ist in der Wissenschaft herangebildet worden und hat dort seine Präzisierung erfahren. Die in der Lehre gereif-

165) Die Feststellung O.MAYERS, VwR II, § 49, S.243, das übertragene öffentliche Amt werde nicht im eigenen Namen gesehen, läßt sich also nicht (mehr) aufrechterhalten.

166) VwR II, § 49 (S.243/245).

167) VwR II, § 104 I a (S.304 ff), VwR I, § 4 I a (S.20), § 4 II b (S.24), § 25 VIII a (S.104), § 32 IV c 3 (S.154). § 48 II c (S.259).

168) O.MAYER, VwR II, Fußn.2 zu § 49 (S.245) u.E.R.HUBER, I, § 46 (S.533).

169) E.R.HUBER, aaO.u.DVB1.52,456.

170) H.P.IPSEN, S.141.

171) Taucht er auf, wie z.B. in dem Erl.über die Stiftung des "Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland", Art.7 I so besagt er etwas anderes.

ten konstruktiv folgerichtigen Antworten auf die Fragen, die im Zusammenhang mit dem in der Theorie entwickelten Begriff hervortreten, finden in der positiven Normenwirklichkeit meist nicht ihren Widerhall. Oft findet sich vielmehr eine systemwidrige und so in problematischen praktischen Fällen eine richtige, das heißt folgerichtige Lösung sperrende Normengestaltung.¹⁷²⁾ Dann sind theoretische Erwägungen praktisch wertlos. Oft ist die gesetzliche Regelung aber auch lückenhaft, dann vermögen vom allgemeinen staatsrechtlichen Standpunkt aus theoretische Erwägungen zu einer richtigen und befriedigenden Lösung zu führen. Ein solcher Fall scheint uns bei der Frage der Aufsicht über die Notare vorzuliegen, was wir im 2. Hauptteil entwickeln wollen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Darstellung sein, von einem Einzelfall ausgehend, über die Beliehenen im allgemeinen sich zu verbreiten, da dies jüngst noch BRAND¹⁷³⁾ getan hat. Nach ihm sind in Anlehnung an WOLFF¹⁷⁴⁾ und MENDER¹⁷⁵⁾ die Beliehenen als natürliche oder juristische Personen des Privatrechts zu definieren, denen durch Rechtssatz oder Staatsakt öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten zur Ausübung im eigenen Namen übertragen worden sind.

Es ist das Verdienst WOLFFS, erstmals konsequent zu den Subjekten öffentlicher Verwaltung, also den rechtsfähigen öffentlichen Körperschaften (z.B. Staaten, Ländern, Gemeinden, Gemeindeverbänden), rechtsfähigen öffentlichen Anstalten und rechtsfähigen öffentlichen Stiftungen und allen in unmittelbarem Mandats- oder Delegationszusammenhang mit einem Staate stehenden Gliedern seiner Organisation, soweit sie zur Verwaltung berufen sind, stets auch die mit öffentlicher Gewalt zur Ausübung im eigenen Namen betrauten natürlichen oder juristischen Privatpersonen hinzugezählt zu haben.¹⁷⁶⁾ Dies um so mehr, als bis auf den heutigen Tag das Bewußtsein um die Beliehenen ent-

172) Vgl. Beispiele hierzu bei H.P. IPSEN, S.145-148.

173) Diss.jur. Münster 1953.

174) VwR II, § 104 I b (S.304/305).

175) In AöR 78, 149 ff.

176) S.Fußn.167.

weder gar nicht vorhanden ist ¹⁷⁷⁾ oder die Beleihung gleichsam nur am Rande als Rechtsinstitut behandelt wird.

a) Welche Bedeutung diesem Rechtsinstitut aber zukommt, zeigen die bei BRAND ¹⁷⁸⁾, E.R.HUBER ¹⁷⁹⁾ und IPSEN ¹⁸⁰⁾ angeführten Beispiele. Als solche seien hier genannt: Die rechtsfähigen Feuerbestattungsvereine ¹⁸¹⁾, die Dampfkesselüberwachungsvereine ¹⁸²⁾, die Bezirksschornsteinfegermeister ¹⁸³⁾, die Fleischbeschauer ¹⁸⁴⁾, die Schiffskapitäne ¹⁸⁵⁾ und vor allem die hier interessierenden Notare. Wir haben im 1. und 2. Abschnitt gesehen, daß sie öffentliche Gewalt im eigenen Namen ausüben, ohne Beamte zu sein. Mithin liegen die Voraussetzungen vor, unter denen man in der Literatur von einem Beliehenen spricht.

b) Allgemein tauchen die Beliehenen in den Definitionen als Privatpersonen auf, denen öffentliche Gewalt zur Ausübung im eigenen Namen übertragen worden ist. Im Rahmen dieser Darstellung ist auch nur von der Übertragung hoheitlicher Befugnisse

177) LIESE (in "Der Deutsche R.pfleger" 1934, S.387) führt aus, Träger von Hoheitsrechten könne nur ein Beamter sein, der Notar müsse Beamter sein. - Daß dies nicht der Fall zu sein braucht, zeigt die Regelung seit 1937. OTTO (in Zeitschr.f.Beamtenrecht 1956, S.238): "Allein der Hoheitsakt der beamtenrechtlichen Ernennung vermag eine Teilverleihung hoheitlicher Gewalt darzubieten." - KÖTTGEN ("Deutsche Verwaltung", 2.Aufl.Berlin 1937, S.138): Träger von Verwaltungskompetenzen könne niemals ein Rechtssubjekt des Privatrechts sein.

178) AaO., S.13 ff.

179) DVBl.52,456 ff. u. I, S.533 ff.

180) S.145 ff.

181) Vgl. § 8 III des Feuerbestattungsgesetzes v.15.5.1934, RGBl.I 380, und BRAND, aaO., S.20, sowie LAFORET, VwR, S.63.

182) § 24 III Gew.O. i.V.m.VO über die Techn.Überwachung der Dampfkessel u. sonstigen überwachungspflichtigen Anlagen vom 19.3.1938 (RGBl.I 297). - And.Ansicht SIEBERT "Rechtsstellung u. Haftung der Techn.Überwachungs-Vereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen", 1957.

183) § 39 IV Gew.O. i.V.m.VO über Schornsteinfegerwesen vom 28.7.1937 (RGBl.I 831), insbes.§ 27 I 2.

184) § 4 Fl.besch.Ges. v.29.10.1940 (RGBl.I 1463).

185) Vgl.§ 106 II Seem.G. v.26.7.1957 (BGBI.II 713). - Unrichtig, wenn BRAND, S.24, hier sagt, daß diese Funktionen auf dem Lande nur Trägern öffentlicher Gewalt zustünden, denn wenn der Schiffskapitän diese Funktion ausübt, ist er insoweit Träger öffentlicher Gewalt.

auf Privatpersonen die Rede, nicht dagegen von der Betreuung juristischer Personen des öffentlichen Rechts oder von Beamten oder anderen öffentlichen Amtswaltern mit solchen Aufgaben. Auch in diesen Fällen liegt eine Übertragung der Zuständigkeit zur Ausübung öffentlicher Gewalt vor, doch fehlt es bei ersteren am Merkmal der "Person des Privatrechts", bei den Beamten und den anderen im Dienste des Staates stehenden Personen sowohl an diesem als auch an dem der Ausübung solcher Berechtigungen "im eigenen Namen". Deshalb scheiden derartige organisatorische und funktionelle Ausgestaltungen üblicherweise aus der Betrachtung der Beliehenen, beziehungsweise der Beleihung aus¹⁸⁶⁾ und werden auch hier nicht weiter behandelt. Unvollständig ist es aber, wenn BRAND¹⁸⁷⁾ von den Beliehenen nur die Selbstverwaltungskörper und Beamten ausnimmt, denn auch öffentliche Angestellte und Arbeiter können hoheitsrechtliche Aufgaben haben und üben diese tatsächlich aus.¹⁸⁸⁾

Das Merkmal der "Privatperson" bedarf im Hinblick auf die Notare noch einer besonderen Erörterung: Privatperson und Inhaber eines öffentlichen Amtes, als der der Notar bezeichnet ist, sind oftmals nur scheinbare Gegensätze. Daß der Notar ein Stück öffentlicher Verwaltung im eigenen Namen und nicht etwa als Beamter handhabt, läßt ihn nämlich als einen außerstaatlichen Träger öffentlicher Verwaltung erscheinen. Er ist weder Organwalter noch Organ,¹⁸⁹⁾ durch das der Staat selbst handelt. Dafür fehlt es am Handeln in seinem Namen und daran, daß der Notar nicht "institutionelles Subjekt transitorischer Wahrnehmungszuständigkeiten" ist, wie WOLFF¹⁹⁰⁾ das Organ definiert. Sein Handeln wird keiner Körperschaft des öffentlichen Rechts zugerechnet und es gilt auch nicht als solches des Staates. Es liegt kein öffentlichrechtliches Auftragsverhältnis vor wie beim Beamten. Da aber die hoheitlichen Befugnisse des Notars letztlich nur vom Staat herrühren können, ist die notarische Beurkundungstätigkeit ihm immerhin mittelbar zuzuordnen. Deshalb kann man den Notar allen-

186) Vgl. BRAND, S.54/55, u. das dort genannte Schrifttum.

187) AaO.

188) Etwaige aus Art.33 IV BGG herrührende Bedenken dagegen gehören nicht hierher.

189) Vgl. BRAND, S.99, u. IPSEN, S.151, die dies für alle Beliehenen feststellen.- A.A. HIEBER, DNotZ 1952,260; GONNELLA, Notartag 1956, S.59; BETTERMANN, DOV 1954,300- aber ohne nah. Begründung.

190) In AöR 76,210.

falls als "Glieder der staatlichen Organisation" auffassen. Eine derartige Ausklammerung aber aus der Beamtenhierarchie und eine solcherart vorgenommene Organisation, die die im Amt zusammengefaßte hoheitliche Zuständigkeit und die wahrnehmende, nicht beamtete Person so miteinander verknüpft, daß die Kompetenzen nicht am Amt, sondern an der Person haften (personelles gegenüber dem institutionellen Amt), läßt den Notar Privatperson bleiben.

Hinzu kommt, daß die Notare auf den Bezug von Gebühren verwiesen,¹⁹¹⁾ nicht wie Beamte oder andere im Dienste des Staates stehende Personen (meist) festbesoldet sind oder entschädigt werden.¹⁹²⁾ Dieser vom Staat den Notaren gegenüber den Klienten eingeräumte Gebührenanspruch ist Folge einerseits ihrer hoheitlichen Betätigung, andererseits ihrer Ausklammerung aus der Beamtenhierarchie. Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Gebührenanspruch, weil die Notare die Gebühren erheben auf Grund der Kostenordnung¹⁹³⁾, § 140 S.1 KostO, für staatliche Funktionswahrnehmung. Da es sich um öffentlich-rechtliche Gebühren handelt, ist der Notar damit beliehen. Er erhebt sie für sich im eigenen Namen.

Berücksichtigt man schließlich, daß die Notare persönlich nach § 21 RNotO (§ 19 BNotO) ohne Staatseintritt gemäß Artikel 34 BGG haften,¹⁹⁴⁾ dann sind diese Merkmale so grundverschieden von denen, die für "Staatsdiener" oder andere Personen im Dienste eines öffentlichen Gemeinwesens zutreffen, daß wir sie um abweisbar nur auf eine Privatperson¹⁹⁵⁾ und damit auf einen Beliehenen beziehen können.¹⁹⁶⁾

191) § 18 I RNotO (§ 17 I BNotO) i.V.m. §§ 140 ff KostO.

192) Schrifttum hierzu bei BRAND, S.78,96 u.97; BUHL, Rechtsverhältnis, S.302 ff; CANTNER § 7 (S.74/75); NIKOLEIT, DNotZ 33,619/620; WOLFF, VwR II, § 104 III b 1 (S.307), V a 2 (S.308).

193) i.d.F. v.26.7.1957 (BGBl.I 960).

194) Hierzu noch im 2. Teil.

195) Bis zu dieser Konsequenz gelangt auch BAUR, FG I, S.109.

196) An dieser Stelle ist die interessante Frage aufzuwerfen, ob es nicht wegen all dieser Kriterien, die wir jetzt für die beliehenen Notare herausgearbeitet haben, auch schon vor Inkrafttreten der RNotO von 1937 beliehene Notare galten. Als Beamte wurden die Notare ja nur in Anlehnung an die

Aus allen diesen Gründen trifft es auch für die Notare zu, wenn in bezug auf die Beliehenen gesagt worden ist, sie empfangen die öffentliche Gewalt als "äußerliche Zutat", ihr Wesen werde davon nicht berührt, sie gehöre nicht zu ihren notwendigen Zwecken, der Beliehene könne Privatperson sein und bleiben.¹⁹⁷⁾ Man muß allerdings berücksichtigen, daß die Beleihung wegen des verschiedenen Umfanges der übertragenen hoheitlichen Befugnisse jeweils verschiedene Bedeutung für die beliehene Person hat, wie eine Gegenüberstellung von Notar und Schiffskapitän beispielsweise veranschaulicht.

Unser Ergebnis kann nur diejenigen befremden, die in der Bezeichnung des Notars als Trägers eines öffentlichen Amtes ein Spezifikum sehen. Aber sie besagt nichts. Wie wir gesehen haben, hat dieser Begriff keinen eindeutigen Sinn und weist nicht einmal zwingend darauf hin, daß der Inhaber eines solchen Amtes nur mit den Mitteln des öffentlichen Rechts tätig werden kann. Daher sollte man diese nur vermeindliche Charakterisierung des Notars ersetzen durch einen Terminus, der alle herausgestellten, vielfach genannten Merkmale sinnvoll in sich begreift. Ein solcher wäre der "beliehene Notar", da hiermit in zwei Worten gesagt ist, welche Rechtsstellung der Notar genießt und wie sich notariische Tätigkeit im wesentlichen abspielt. Der beliehene Notar als solcher hat dem Gesetzgeber sicher nicht vorgeschwebt. Dies sollte hier auch nicht behauptet und bewiesen werden. Aber so wie der Gesetzgeber das Notaramt, seinen

Rechtsprechung des Reichsgerichts (statt aller s. RG JW 29,3382) angesehen, weil sie öffentliche Gewalt ausübten, in Wirklichkeit aber doch auch damals schon ihr hoheitliches Handeln im eigenen Namen vor sich ging, um nur das Wesentlichste zu nennen. So meinen VOLLMER-SCHWARZ, Kom. S.16, wohl mit Recht, daß der Notar vor 1937 z.B. in Preußen, obwohl Beamter, doch nicht Organ der Staatsgewalt gewesen sei. Auch ist nicht etwa erst später, also nach 1937, von der Wissenschaft das Bild des Beliehenen in Anlehnung an positivrechtliche Gestaltungen entworfen worden, so daß auch hierin kein Hindernis für eine solche Auffassung gesehen werden kann. - Doch soll dieser Frage wegen ihrer nur rechtshistorischen Bedeutung nicht weiter nachgegangen werden.

197) O.MAYER, VwR II, § 49 I (S.243); W.JELLINEK, VwR, S.526; NEBINGER, S.15.

Träger und seine Funktionen rechtlich ausgestaltet hat, ist der beliehene Notar das Ergebnis.

Der wissenschaftlichen Klärung dient es dagegen nicht, wenn man die Notare entweder nur als Privatpersonen sieht, die einen freien Beruf ausüben¹⁹⁸⁾, und die ihnen verliehene Hoheitsgewalt als eigenartige Zutat empfindet, noch, wenn man die Notare als Träger eines öffentlichen Amtes hinstellt und auf diese Weise glaubt, dem Umstand, daß sie öffentliche Gewalt ausüben, gerecht werden zu können.¹⁹⁹⁾

Das alles mag aber ein Grund dafür sein, daß man bislang die Beliehenenstellung des Notars nicht erkannt hat. Dabei ist nicht als Mangel zu empfinden, daß gerade diese Bezeichnung nirgendwo erscheint, sondern daß man die einzelnen Merkmale nicht zu kombinieren wußte, um dann gleichsam von selbst auf dieses Institut im öffentlichen Recht zu stoßen. Allerdings wird dies verständlich, weil man der eigennamentlichen hoheitlichen Betätigung des Notars keine Beachtung schenkte. Die Tatsache, daß der Notar Privatperson, nicht Staatsorgan, ist, daß er öffentliche Gewalt und diese im eigenen Namen ausübt, hätten in der richtigen Zusammenschau richtungsweisend sein können.

II. Kapitel - § 9. Die sogenannte freiberufliche Stellung der Notare. - Ablehnung dieser im Schrifttum herrschenden Meinung.

Wie ausgeführt, ergibt die gerade erwähnte Zusammenschau der verschiedenen Elemente des Notarberufes das Bild des Beliehenen. Doch ist gerade dieses Bild bisher nicht gesehen oder entworfen worden.

Zu denken wäre daran, ob nicht aus der Bestimmung, der Notarberuf sei kein Gewerbe (§ 2 S.3 RNotO, ebenso BNotO), etwas für

198) Darüber sogleich in § 9.

199) So vor allem JONAS, DNotZ 37, 177/178.

200) Außer bei WOLFF, der in VwR II, § 104 I a (S.304), § 4 I a 2 (S.21), den Notar als Beispiel eines Beliehenen anführt; BRAND, S.23.

die Rechtsstellung des Notars hergeleitet werden kann.²⁰¹⁾ Indes trifft dieser Rechtssatz nur eine negative Feststellung und besagt u.a., daß es dem Notar nicht erlaubt ist, Wettbewerb zu treiben und seine Kollegen zu unterbieten, was umgekehrt dem Gewerbetreibenden gerade eigen ist. Die Bestimmung läßt damit den ganzen Bereich staatlichen Handelns durch Träger und Walter öffentlicher Gewalt unberührt, also auch, aber nicht nur durch Beliehene.

Man hat versucht, den Beruf des Notars als frei zu bezeichnen. Das ist nur insofern richtig, als zum Beispiel § 18 EinkSteuerg den Notar zu den freien Berufen rechnet. Das Steuerrecht befaßt sich aber nicht mit der Rechtsstellung bestimmter Personengruppen, sondern nur mit der wirtschaftlichen Natur ihrer Einkünfte. Eine solche Zuordnung der Notare zu den freien Berufen mag also für das Steuerrecht vertretbar sein. Das Schrifttum dagegen hätte, wo es sich - nicht unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten - mit der Rechtsstellung der Notare befaßte, zu klaren Ergebnissen gelangen können, zumal der "freie Beruf" kein streng juristischer, zum mindesten aber ein sehr weiter juristischer Begriff ist.

Für die in der Literatur vorgenommene Zuordnung des Notarberufes zu den freien Berufen²⁰²⁾ war die Tatsache ausschlaggebend, daß der Notar nicht Beamter ist. Aber es ist jemand nicht um deswillen freiberuflich tätig, weil er nicht Beamter ist. Die Tatsache, daß jemand nicht Beamter ist, bedeutet nicht, daß er einen freien Beruf ausübt. Denn es gibt rechtlich keine Alternative: Beamter oder Inhaber eines freien Berufes. Zwischen diesen beiden steht nämlich der Beliehene, der einerseits zwar Hoheitsbefugnisse wahrnimmt, sie andererseits aber als Privatperson im eigenen Namen ausübt.

201) Der Gedanke ist bereits oben in § 3 c angeklungen.

202) Vorgenommen von: DÖHRING, S.176; GONNELLA, Notartag 1956, 56; HAWLITZKY, DNotZ 35, 72 ff; JONAS, DNotZ 37, 177/178; KLAUSING, Der deutsche Juristentag 1936, 453 ff; LENT, DNotZ 34, 640; MÜLLER, S.71/72, der seine Argumente allerdings unesehen von JONAS, aaO., S.177, u. WOLPERS, Notariatsrecht, S.1545/1546, übernommen hat; NOACK, Der deutsche Juristentag 1936, 332 ff; SEYBOLD, Kom.S.4; WOLPERS, Der deutsche Notar, S.168 u.aaO.

Den Notar als den Inhaber eines freien Berufes zu bezeichnen, ist deshalb nicht richtig, weil er staatlicher Aufsicht (s. der 2. Teil) und Disziplinargewalt (§§ 68 ff. der RNotO, §§ 92 ff. BNotO) unterliegt. Diese dem Staat eingeräumten Befugnisse über die Notare rühren daher, daß sie Hoheitsbefugnisse wahrnehmen, eine Tatsache, die allein schon zu Zweifeln am freien Beruf der Notare Anlaß geben müßte. Hinzu kommt aber auch, daß die Zahl der amtierenden Notare nach Maßgabe des Bedürfnisses einer geordneten Rechtspflege beschränkt ist (§ 6 RNotO, § 4 I BNotO), die Notare auf Lebenszeit bestellt werden (§ 7 RNotO, § 3 I BNotO) und ihnen die Ausübung der Urkundstätigkeit zur Pflicht gemacht ist (§ 16 S.1 RNotO, § 15 S.1 BNotO). Das alles läßt sich mit dem freien Beruf, beispielsweise eines Fabrikanten, Architekten oder Ingenieurs, nicht vereinbaren.²⁰³⁾ - So hat man die Rechtslage hinsichtlich der Rechtsstellung des Notars auch als Zwiespalt empfunden und gemeint, daß sich im Notarberuf eine eigenartige Mischung von beamtenrechtlichen und freiberuflichen Merkmalen finde.²⁰⁴⁾ - Soweit man aber an der Auffassung festhielt, der Notar übe einen freien Beruf aus, mußte man gleichsam zwangsläufig in praktisch bedeutsamen Fragen unrichtige Folgerungen ziehen; so insbesondere die, der Notar sei un-

203) Es verbietet sich also auch, den Notarberuf als Beruf i. S. des Art. 12 BGG anzusehen. Ob und unter welchen Voraussetzungen jemand Notar werden kann, ist keine Frage der freien Berufswahl, sondern der Justizverfassung. Keiner aber hat Anspruch auf die Verleihung eines öffentlichen Amtes. "Tätigkeiten, die ausschließlich in den Aufgabenbereich des Staates fallen, liegen außerhalb des Grundrechts (sc. der freien Berufswahl)" - so v. MANGOLDT - KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin 1957, Art. 12 Anm. V2 a. Ähnlich BVerwG NJW 55, 1532 ff. (mit zustimmender Anm. von REUSS) = DVBl. 55, 666 ff. = Verw. Rspr. Bd. 8 S. 365 ff: "Das Grundrecht der freien Berufswahl gilt seinem Wesen nach nicht für solche Berufe, die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen Hand vorbehalten sind."

204) Vgl. LENT, DNotZ 34, 640.

abhängig.²⁰⁵⁾ 206) Am krassesten tritt diese Auffassung bei BAUR zutage: "Da er (der Notar) freiberuflich tätig, also nicht Beamter ist, ist er von Weisungen vorgesetzter Behörden frei." 207) 208)

Daneben ist im Schrifttum der Begriff des "Halbbeamten" oder "staatlich gebundenen Berufes" ²⁰⁹⁾ im Hinblick auf die Notare zur Diskussion gelangt. So findet E.R. HUBER ²¹⁰⁾ im Rahmen seiner Darstellung der freien Berufe die Bezeichnung "Halbbeamter" für den Notar immerhin angängig, weil mit seiner Bestellung die Übertragung eines öffentlichen Amtes, wenngleich auch nicht die Berufung in ein Beamtenverhältnis verbunden sei. Doch im Ergebnis rechnet auch HUBER die Notare wieder den freiberuflich Tätigen zu.²¹¹⁾

So wie übrigens TRIEPEL ²¹²⁾ die Halbbeamten, die einen staatlich gebundenen Beruf ausüben, sah und ihnen einen bestimmten Begriffsinhalt erst verliehen hat, lassen sich die Notare gerade nicht in diese Kategorie einordnen.²¹³⁾ Denn TRIEPEL versteht darunter ²¹⁴⁾ die Personen, die, ohne Beamte zu sein und

205) Das ist die von den meisten in Fußn.202 genannten Autoren gezogene Konsequenz, die ein Trugschluß schon deshalb ist, weil der Vordersatz (Freiberuflichkeit) der Schlußfolgerung nicht bewiesen ist.

206) Als einzige haben sich VOLLMER-SCHWARZ, Kom.§ 2 Anm.5, gegen diese Auffassung gewandt und der Amtstragereigenschaft unter Hinweis auf die gesetzlich vorgesehene Aufsicht und Disziplinargewalt des Staates über die Notare entscheidende Bedeutung beigemessen.

207) § 9 II 2 a (S.109); um so erstaunlicher ist es, an anderer Stelle, § 9 II 1 a (S.108), über den Notar zu lesen, daß er "eine mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes begabte Privatperson" sei. Hier fehlt nicht mehr viel zur Erkenntnis seiner Beliehenstellung.

208) Das Erste könnte allenfalls aus dem Letzten folgen, denn sicher ist den Inhabern freier Berufe eigen, daß sie keiner staatlichen Weisungsgewalt unterliegen.

209) Der Ausdruck stammt von TRIEPEL, "Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf", in Festschrift für BINDING, Bd.II, 1911, S.1 ff.

210) I, S.768/769.

211) Vgl. aaO. u.S.774.

212) AaO. in Fußn.209.

213) Gl.Ansicht Wttbg.Bad.VGH, Entscheidungssammlung des Hess. u.Wttbg.Bad.VGH, Bd.2, S.98, u. GREWE am in Fußn.162 aO., S.11.

214) AaO., S.66.

ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts dem Staate oder einem Selbstverwaltungskörper für die Ausübung eines Berufs verantwortlich sind. Als solche gelten z.B. die Rechts- und Patentanwälte und die Ärzte. Man sieht schon, daß diese, abgesehen vom Mangel der Innehabung eines Amtes, im Vergleich zu den Notaren keine hoheitlichen Befugnisse wahrnehmen und auch regelmäßig nicht zum Tätigwerden verpflichtet sind, was umgekehrt bei den Beliehern so bei den Notaren, der Fall ist. Im übrigen läßt sich aber zum Begriff des Halbbeamten noch sagen, daß er äußerst unschön ist und auch keine Berechtigung hat, weil der Notar, wie dargestellt, Privatperson ist und nicht zugleich besoldeter Beamter sein darf.²¹⁵⁾ Damit kann er aber auch nicht "Halbbeamter" sein. Beamter ist der, dem die Urkunde mit dem Inhalt der Berufung in das Beamtenverhältnis ausgehändigt worden ist.²¹⁶⁾ Auch insofern gibt es keinen "Halbbeamten". Mit dieser Bezeichnung der Tatsache gerecht werden zu wollen, daß Notare hoheitlich tätig werden, ist deshalb verfehlt, weil nicht einmal "Vollbeamte" hoheitlich oder nur hoheitlich tätig zu werden brauchen; sie können auch lediglich mit den Mitteln des Privatrechts wirken. Damit ist aber auch die durch die Kennzeichnung "Halbbeamter" vollzogene Annäherung des Notars an den Beamten fruchtlos.

In die Richtung, die E.R. HUBER eingeschlagen hat, weisen auch die Versuche von GIESE²¹⁷⁾ und HEYLAND²¹⁸⁾, die den Status des enedem beamteten Notars durch die RNotO in eine "beamtenähnliche Stellung" verändert sehen.

Schließlich hat FEYOCK²¹⁹⁾ sich den Begriff des "Amtsträgers" zu eigen gemacht und damit geglaubt, die Rechtsstellung des Notars als eine Zwischenstellung zwischen der des Beamten und der freiberuflich Tätigen umreißen zu können. Daß dem nicht so ist, haben wir eingangs unserer Erörterungen dargelegt,²²⁰⁾ worauf

215) S.S.6 oben u.Fußn.25 daselbst.

216) Vgl.oben S.6.

217) NJW 1954, S.101.

218) Dt.Beamtenrecht, 1938, S.39.

219) DNotZ 1952, S.256.

220) Oben S.8 f.

wir uns hier beziehen können.

Bei all diesen Versuchen, die Rechtsstellung des Notars zu charakterisieren, wird nur sichtbar, daß die Kenntnis von dem Institut der Beleihung, wie es die Wissenschaft erarbeitet hat, häufig noch nicht in das Bewußtsein jedes Juristen gedrungen ist. Man meinte mitunter vielleicht das Richtige - mit der Einschränkung, daß der Tatsache der eigennamentlichen Ausübung von Hoheitsrechten durch die Notare bisher keine Beachtung geschenkt worden ist -, konnte die vielfältigen Berufsmerkmale aber nicht unter einem leitenden und zutreffenden Gesichtspunkt zusammenfassen.

III. Kapitel - § 10. Die Gründe für die Beleihung der Notare.

Es ist danach zu fragen, aus welchem Grunde und in wessen Interesse Notare aus ihrer vormaligen engen Verbindung zum Staat gelöst worden sind, warum sie seit 1937 im Geltungsbereich der RNotO und in dem der BNotC nicht mehr Beamte oder, wie zum Beispiel die bayerischen Notariate früher, Behörden sind ²²¹⁾.

Der beliebene Notar ist in besonderer Weise geeignet, das Vertrauen der ihn aufsuchenden Klienten zu erwerben, dessen er als Rechtsbetreuer und Gestalter ihrer privatrechtlichen Rechtsbeziehungen bedarf. Wenn auch einem Beamten hohe Eigenschaften nicht abzustreiten sind, so erspart ihm doch die Sicherheit der Lebensbedingungen eine großen Teil der Erlebnisse, die der erfährt, der für seine wirtschaftliche Daseinsgrundlage selbst verantwortlich ist, und läßt ihn nicht die daraus sich ergebenden Erfahrungen machen. Diese Erfahrungen dienen aber mit dazu, den Notar zu einer Persönlichkeit heranzubilden, die die gleichen Sorgen wie die der selbstwirtschaftenden Bevölkerung be-

221) Die Frage wäre an sich, würde sie den Rahmen dieser Untersuchung nicht sprengen, entwicklungsgeschichtlich abzuhandeln und erforderte somit eine eigene rechtshistorische Betrachtung unter besonderer Hervorhebung der in dieser Hinsicht zum Tragen gekommenen rechtspolitischen Erwägungen. Eine solche Arbeit liegt von MÜLLER, Diss.iur. Halle/Wittenberg 1937, vor.

wegt. Deshalb wird sich ein Klient auch lieber einem solchen Manne anvertrauen als einem Beamten, dem nun einmal in den Augen der Bevölkerung etwas Unpersönliches anhaftet. Da es in aller Regel aber nicht nur einen zuständigen Notar gibt, können sich die Beteiligten auch wirklich den Notar ihres Vertrauens auswählen. Daß ein Mandant aber zu "seinem" Notar vertraut, ist nicht hoch genug zu bewerten. Nur wenn eine Vertrauensgrundlage geschaffen ist, werden die Rechtssuchenden ihrem Notar die letzten und geheimsten, mit der Beurkundung beabsichtigten Zwecke anvertrauen. Nur dieser Einblick in die letzten Absichten der Urkundsbeteiligten ermöglicht aber eine wirksame Wahrnehmung einer dem wirklichen Sachverhalt entsprechenden Gestaltung von Inhalt und Form der Urkunde.

Hinzu kommt, daß der auf eigenen Erwerb gestellte Notar eine engere Verbindung zur Wirtschaft besitzt. Wirtschaftliche Vorgänge, bei denen er durch Beurkundungen mithilft, sind ihm vertrauter. Er beobachtet sie ständig. Zu neuen Vorfällen nimmt er häufig Stellung; er gibt vertrauensvolle Ratschläge, die naturgemäß eine ganz andere Bedeutung haben, weil sie aus dem Verkehrsleben und nicht aus dem Amtszimmer heraus erteilt sind.²²²⁾

Der beliebene Notar schafft sich einen größeren Wirkungskreis als der Beamte. Durch Fleiß und Geschick kann er sein Einkommen erhöhen. Er kann weit mehr unternehmen, weil er die Vorgänge ganz anders zu beurteilen vermag, als wenn er lediglich als Mitglied einer staatlichen Behörde seine pflichtgemäßen Handlungen zu erfüllen hatte. Gerade das Verantwortungsgefühl, das im Staatsinteresse zu steigern und zu fördern ist, ist beim beliebten Notar eher vorauszusetzen.

Ferner ist eine größere Anpassungsfähigkeit und Beweglichkeit des beliebten gegenüber dem beamteten Notar hervorzuheben. Der Notar muß in der Lage sein, den Beteiligten bezüglich Ort und Zeit der Aufnahme der Urkunde und der sonstigen Rechtsgeschäfte entgegenkommen zu können. Die stetige Zugänglichkeit und Diens-

222) S.auch HAWLITZKY, DNnotZ 1935, S.73 f.

willigkeit vermag aber eine Behörde beim besten Willen nicht in gleichem Maße zu bieten. Häufig dauern Verhandlungen über die Geschäftszeit hinaus und können nicht abgebrochen werden. Hier ist der beliebene Notar im Vorteil, während der Beamte leicht in Versuchung gerät, das Publikum an Dienststunden zu binden, was im Interesse einer allgemeinen Dienstordnung ja auch geboten sein kann.

Aber auch für den Staat ergeben sich Vorteile. Er ist von Lasten befreit, wenn er öffentliche Aufgaben Personen überträgt, die er nicht anzustellen und zu besolden braucht. Er hat sogar durch die Tätigkeit dieser Personen Einnahmen in der Gestalt von Steuern. Diese Tatsache darf allerdings nicht überbewertet werden, weil dem Staat bei fester Besoldung der Notare die Gebühren ja selbst zufließen würden. Es bleibt dennoch die Frage, ob der Staat sich nicht besser dabei steht, wenn er von den Notaren Steuern erhebt, anstatt sie und ihre Hilfskräfte besolden sowie die Unkosten für die Unterhaltung der Geschäftsstellen tragen zu müssen.

Es ist deshalb nicht von der Hand zu weisen, daß mit der Beleihung der Notare eine denkbar glückliche, im Interesse aller liegende Lösung gefunden worden ist.

2. Teil

Die Aufsicht über die beliehenen Notare

1. Abschnitt: Beleihung erfordert Aufsicht.

§ 11. Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Aufsicht über Beliehene.

Wir können die Rechtsstellung der Notare nicht abschließend klären, ohne nicht ihrer Pflichtgebundenheit an den Staat besondere Beachtung zu schenken. Haben wir zunächst die Merkmale zusammengefaßt, die mehr auf der Seite der Notare selbst ihre Tätigkeit und ihre Funktionen kennzeichnen, so ist noch, was bisher nur angedeutet wurde, von dem Aufsichtsrecht des Staates gegenüber den Notaren zu handeln, welches das Bild ihrer Rechtsposition erst abrundet. Dem Aufsichtsrecht des Staates entspricht für die Justizbehörden eine Aufsichtspflicht, die sich in gewissen Fällen sogar soweit verdichten kann, daß sie nicht nur allgemeine Amtspflicht, sondern Amtspflicht einem bestimmten Rechtssuchenden gegenüber wird.²²³⁾

Der Darstellung der Aufsichtsgewalt ist ein besonderer Teil angemessen.

E.R. HUBER²²⁴⁾ hat im Hinblick auf die "beliehenen Verbände" in eindringlicher Weise dargelegt - was auch für die beliehenen natürlichen Privatpersonen Geltung hat -, daß die Ausübung hoheitlicher Befugnisse der administrativen Kontrolle übergeordneter staatlicher Organe unterworfen sein muß. Er nennt dies das "Prinzip qualitativer Begrenzung". Dasselbe sei zwar dem geschriebenen Verfassungsrecht nicht unmittelbar zu entnehmen, folge aber aus selbstverständlichen ungeschriebenen Prinzipien verfassungsrechtlicher Art. Jede Delegation von Hoheitsbefugnissen zur unkontrollierten Ausübung müsse dazu führen, daß die Staatseinheit gesprengt werde und daß hoheitliche Machtpositionen außerhalb des eigentlichen Staatsbereiches sich bildeten. Dur

223) So neuerdings BGHZ 35,44 ff (48/49).

224) DVBl. 52,460 u.I., S.44 ff.

Beleihung ohne Kontrolle werde die Staatseinheit preisgegeben, was mit dem Wesen des modernen Staates unvereinbar, vor allem im Widerspruch zur Verfassungsstruktur der parlamentarischen Demokratie sei.

Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Sie gelten allgemein für das öffentlichrechtliche Verhältnis zwischen Staat und Be-
liehenen, das vor allem durch die Staatsaufsicht gekennzeichnet ist. Würden die natürlichen und juristischen Personen des Privat-
rechts mit der Beleihung von Hoheitsbefugnissen zur Ausübung im eigenen Namen endgültig aus der staatlichen Obhut und Ver-
antwortung entlassen sein, so würden sich in der Tat außerstaat-
liche Zellen bilden, die willkürlich ihre Macht zu entfalten in der Lage wären.

Jede staatliche Verwaltung, und in diesem weiten Sinne gehören auch, wie dargelegt, die den Notaren zu eigenem Recht übertrage-
nen Urkundsbefugnisse dazu, hat ihre Spitze in der Regierung, das heißt dem entsprechenden Ressortminister, hier dem Landes-
justizminister. Wie es grundsätzlich keine staatliche Verwal-
tungstätigkeit gibt, die nicht durch die Person des Ressort-
chefs der politischen Direktion der Regierung und damit auch der Kontrolle durch das Parlament untersteht, so auch nicht die Ur-
kundstätigkeit der Notare. Wäre es anders, dann würde das dazu führen, daß die Ausübung von Hoheitsbefugnissen der demokratisch-
parlamentarischen Kontrolle entrückt wird.²²⁵⁾

225) Diese aber haben wir in den Ländern dergestalt verwirklicht, daß die Regierung durch ein Mißtrauensvotum des Par-
laments gestürzt werden kann. Doch muß in Nordrhein-West-
falen, Baden-Württemberg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein
und Hamburg - Art.61 Verf.NW; Art.54 Verf.Bd.Wttbg.; Art.
23 III Verf.Nds.; Art.30 Verf.Schl.H.; Art.35 Verf.Hbg. -
ein solches Mißtrauensvotum mit verfassungsrechtlicher
Wirkung mit der Neuwahl eines Ministerpräsidenten verbun-
den werden, damit keine Zwischenperiode entsteht, inner-
halb derer ein Regierungschef nicht vorhanden ist (soge-
nanntes konstruktives Mißtrauensvotum). In Hessen und
Rheinland-Pfalz - Art.114 Verf.Hessen; Art.99 Verf.Rheinl.
Pfalz - ist das Mißtrauensvotum an eine qualifizierte Mehr-
heit geknüpft und führt, falls innerhalb einer kurzen
Frist keine Neubildung der Regierung zustande kommt, zur
Auflösung des Landtages. In Bremen und Berlin - Art.110
Verf.Bremen; Art.42 Verf.Berlin - ist das Mißtrauensvotum

Auch Oskar WEBER ²²⁶⁾ erkennt an, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland die parlamentarische Kontrolle notwendig mache und einen "staatsfreien, autonomen Notarstand" als Antinomie erscheinen lassen würde.

Das Erfordernis der Staatsaufsicht über die Beliehenen im allgemeinen ²²⁷⁾ und die Notare im besonderen ²²⁸⁾ wird denn auch grundsätzlich anerkannt, wenngleich die Ausgliederung der Notare aus dem Staatsorganismus von fast allen Autoren unter dem Gesichtspunkt einer Freistellung der Notare von jeder Weisungsgewalt in ihrer Amtsführung angesehen wird. Daß man die Frage von dieser Seite nicht angehen kann, wurde schon einmal in § 9 dargetan, wo wir den Weg zu einer unbefangenen Betrachtung dieser Aufsichtsrechte des Staates oder seiner Organe finden.

an eine qualifizierte Mehrheit gebunden und verliert seine Wirksamkeit, wenn nicht innerhalb bestimmter Frist damit dem Mißtrauensvotum Bedachte durch ordnungsmäßige Nachbestellung einen legitimen Nachfolger gefunden hat. - Diese Darstellung ist hier PETERS, Gewaltentrennung, S.12, gefolgt. - Wenn damit auch der Sturz der Regierung durch das Parlament erschwert ist, so besteht doch über den Regierungschef mittelbar eine parlamentarische Verantwortlichkeit des einzelnen Fachministers. Demnach kann das verfassungsrechtliche Kontrollrecht der Volksvertretung nur dann gewährt werden, wenn bei der Delegation von Hoheitsbefugnissen auf Private die oberste Aufsichtsgewalt der parlamentarisch verantwortlichen Exekutivorgane erhalten bleibt, denn nur dann kann der zuständige Justizminister, zu dem die Landesnotare ressortieren, seiner Verantwortung gegenüber der Volksvertretung genügen. So ist also auch geschriebenem Verfassungsrecht die Notwendigkeit der Kontrolle über die zur Ausübung eigenen Namens übertragenen Urkundsbefugnisse zu entnehmen.

226) DNotZ 52,323.

227) BRAND, S.69 ff; CANTNER, S.79; FLEINER, S.347/350; GRUENHAGEN, S.35 ff; HATSCHHECK, § 43 II 1 (S.339); HECKE, DÖV 52,618; HELFRITZ, S.67; H.P.IPSEN, S.151 f; W.JELLING, S.527; O.MAYER, § 50 I (S.257 ff); NEBINGER, S.15; REUSS, BB 49,277; WOLFF, VwR II, § 104 III a 2 (S.307).

228) Hierüber FEYOCK, DNotZ 52,255; GONNELLA, Notartag 1956, 53,55,57 ff; JONAS, DNotZ 37,189 u.528; RECKERT, DFG 38, 249 ff; SEYBOLD, Kom., Anm.I ff. zu §§ 65-67; VOLLMER-SCHWARZ, Kom., S.47 u.170.

gemacht haben. Nicht die sogenannte Freiberuflichkeit der Notare, die in Wirklichkeit nicht besteht, kann hierfür richtungsweisend sein. Zu ihr könnte man sich nur bekennen, wenn eine Kontrolle des Staates bei der Berufsausübung fehlen würde. Die in § 10 entwickelten wesentlichen Gründe für die Beleihung der Notare sind aber gerade nicht mit dieser Folge verknüpft worden und durften auch nicht mit ihr verbunden werden. Es heißt deshalb die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man, wie es geschehen ist,²²⁹⁾ Probleme des Aufsichtsrechts im Blickwinkel der Freiberuflichkeit erörtert. Nur die Kombination aller Merkmale des notarischen Berufes sub specie der Beliehenen wird zu befriedigenden Ergebnissen auch in Aufsichtsfragen führen. Diese werden auch, wie wir sehen werden, allein den Erfordernissen der Praxis gerecht.

Daß die über die Notare geübte Staatsaufsicht eine Rechtsaufsicht ist, die allerdings wegen der gesetzlichen Anforderungen an die Notariatsführung verhältnismäßig weit geht,²³⁰⁾ kann schon an dieser Stelle festgestellt werden. Zur Funktion dieser Rechtsaufsicht gehört ein repressiver, aber auch ein präventiver Teil, zwar nicht im Sinne von präventiven Einzelmaßnahmen²³¹⁾, sondern im Sinne einer normativen Präventivwirkung der potentiellen Amtsprüfungen. Diese bedeutet mehr als nur die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III BGG), denn die potentiellen Revisionen verstärken die Normativwirkung, sie intensivieren (psychologisch) die allgemeine Bindung an Gesetz und Recht.²³²⁾

229) S. §§ 13 und 14.

230) Näheres unter § 14 b.

231) Wie noch in § 13 dargelegt wird.

232) Inwieweit die Rechtsaufsicht noch darüber hinaus präventiv wirkt, vgl. unten § 14 c.

2. Abschnitt: Die Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare.

§ 12. Die Aufgaben im allgemeinen. - Abgrenzung der Darstellung. - Die Anlässe zur Aufsicht. - Die Aufsichtssubjekte und ihre Unterstützung durch die Kammern. - Die Gegenstände der Aufsicht. - Der Prüfungsbericht.

a) Die Beaufsichtigung der Notare ist in der Weise geregelt, daß den Aufsichtsbehörden neben einer ständigen Überwachung der Amtsführung in regelmäßigen Abständen eine allgemeine Geschäftsprüfung obliegt.²³³⁾ Dazu tritt eine laufende Beobachtung durch die Notarkammern, die die Aufsichtsbehörden auch bei ihrer Tätigkeit unterstützen.²³⁴⁾

Außerdem ist den Aufsichtsbehörden eine Fülle anderer Aufgaben übertragen, wie die Entscheidung über die Befreiung von der Amtsverschwiegenheit in besonderen Fällen,²³⁵⁾ über das Gesuch eines Notars um Erlaubnis zur Abhaltung auswärtiger Sprechtag²³⁶⁾ oder die Genehmigung für die Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung.²³⁷⁾ Aber auch alle anderen nach der RNotO (BNotO) erforderlichen Erlaubnisse, Genehmigungen und Entscheidungen sind von den Aufsichtsbehörden nach Maßgabe der zahlreich hierzu erlassenen Zuständigkeitsregelungen vorzunehmen, können aber hier als nicht mit der Aufsicht unmittelbar zusammenhängende Aufgaben der Aufsichtsbehörden²³⁸⁾ nicht sämt-

233) § 66 I RNotO i.V.m. § 43 I DOtNot (§ 93 I BNotO u. § 32 I DOtNot 1961).

234) §§ 45 II, 53 I RNotO (§ 67 I 2 BNotO).

235) § 19 I 2 2.H.satz RNotO, § 18 I 2 2.H.satz BNotO.

236) § 11 IV RNotO, § 10 IV BNotO.

237) § 9 II lit.a RNotO, § 8 II Ziff.1 BNotO.

238) Anders SEYBOLD, Kom., Anm. II 5 zu §§ 65-67, der diese Aufgaben der Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit den eigentlichen Aufsichtsbefugnissen als "sonstige Befugnisse der Aufsichtsbehörden" behandelt, was m.E. systematisch nicht genau ist. Man müßte vielmehr unterscheiden zwischen der Prüfung und Überwachung der Amtsführung einerseits und der übrigen Tätigkeit oder den sonstigen Aufgaben der Aufsichtsbehörden andererseits. Es lag zwar nahe, auch diese Aufgaben den Aufsichtsbehörden zuzuweisen, die sonst bei Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses dem Dienstvorgesetzten vorbehalten sind; aber deswegen haben sie doch noch nichts mit der eigentlichen Aufsicht zu tun.

nicht aufgezählt werden.²³⁹⁾

ausgenommen ist auch, schon dem Gegenstand unserer Untersuchung nach, das Dienststrafverfahren.²⁴⁰⁾ Die Regelungen der §§ 68-74 RNotO und der §§ 95-110 BNotO bilden ein Verfahren, das ganz für sich steht und betrachtet werden muß. Hiervon gehen auch die RNotO und die BNotO aus, die ihren dritten Teil in jeweils zwei selbständige Abschnitte fassen. Ebenso wird in § 75 Abs.2 S.3 BNotO mit Recht zwischen dem "Aufsichtsweg" und dem "Disziplinarweg" unterschieden.

Welche Maßnahmen nun bei der Überwachung und Geschäftsprüfung getroffen werden können, soll, weil dabei die Frage nach Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der Notare problematisch ist und eine längere Erörterung erfordert, zusammenhängend dargestellt werden. Damit der Gang der Darstellung aber nicht mit zu vielen Details belastet wird, sei um der Vollständigkeit und Systematik willen eine Skizze der Anlässe, Subjekte und Objekte der Aufsicht vorausgeschickt.

Wenn § 66 I RNotO (§ 93 I BNotO) den Dienstaufsichtsbehörden die Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare aufträgt, so kann man dem hinsichtlich des Aufsichtsbeginnes folgendes entnehmen:

Die Überwachung ist eine auf Dauer gerichtete Tätigkeit. Sie erstreckt sich demnach vom Anfang bis zum Ende der Amtszeit eines Notars. Hierin liegt der Unterschied zur Prüfung, den man so kennzeichnen kann, daß die Überwachung aus der Entfernung, die Prüfung aber in den Amtsräumen des Notars selbst erfolgt. Die Überwachung wird regelmäßig zur Prüfung der Amtsführung herangezogen, wenn den Dienstaufsichtsbehörden Unregelmäßigkeiten zugetragen kommen. Dann liegt eine Prüfung aus besonderen Gründen vor, die von § 43 I 1 a.E.DofNot (§ 32 I 1 a.E.DofNot 1961) vorgesehen ist. Der Anstoß hierzu kann aus drei Richtungen kommen: Entweder erlangt die Dienstaufsichtsbehörde selbst Kennt-

-
- 9) Eine Zusammenstellung der dienstrechtlichen Vorschriften für die Notare (z.T. nur für die des Landes NW) findet sich bei HENSE, Notariatsrecht, Münster 1949.
- 10) Der Ausdruck ist verfehlt, weil ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis nicht gegeben ist; er wird von der BNotO vermieden und durch "Disziplinarverfahren" ersetzt.

nis von Vorfällen, die sie zum Einschreiten veranlaßt, oder solche Vorfälle werden ihr von den Notar- bzw. Rechtsanwaltskammern vermittelt ²⁴¹⁾. Es ist aber auch denkbar, daß die Revision der Amtsführung eines Notars von einem seiner Mandanten angeregt wird; auch solchen Hinweisen hätte die vorgesetzte Dienstaufsichtsbehörde nachzugehen, wenn sie den Verdacht von Ordnungswidrigkeiten eines Notars aufkommen lassen.

Daneben hat gem. § 43 I 1 a.A. DofNot (§ 32 I 1 a.A. DofNot 1961) in Abständen von mehreren - höchstens vier - Jahren eine Prüfung der Amtsführung stattzufinden, bei neubestellten Notaren dagegen schon innerhalb der ersten zwei Jahre (§ 43 I 2 DofNot, § 32 I 2 DofNot 1961). Eine solche turnusmäßige Prüfung ist in der Praxis der Regelfall, hinter dem die Revision aus besonderem Anlaß zurücktritt.

c) Nach § 65 RNotO (§ 92 BNotO) steht das Recht der Aufsicht zu dem Landgerichtspräsidenten über die Notare ²⁴²⁾ des Landgerichtsbezirks, dem Oberlandesgerichtspräsidenten über die des Oberlandesgerichtsbezirks und der Landesjustizverwaltung über sämtliche Notare der jeweiligen Bundesländer ²⁴³⁾.

Da die Zahl der zu einem Landgerichtsbezirk gehörenden Notare verhältnismäßig groß ist, wird der Landgerichtspräsident, der als Dienststelle der Justiz- und Rechtsprechungsverwaltung durch viele Aufgaben in Anspruch genommen ist, zur Durchführung der Aufsicht einen "richterlichen Beamten" des Landgerichts beauftragen, wie es § 44 DofNot bestimmt und wovon auch § 66

241) Es wird in anderem Zusammenhang - unten unter d, S.70 - erwähnt werden, daß das Zusammenwirken zwischen Dienstaufsichtsbehörden und Standesorganisationen auch hierin seinen Ausdruck findet.

242) Die Notarassessoren lassen wir beiseite, da wir unsere Erörterung allein auf die beliehenen Notare abgestellt haben.

243) Über den Übergang des Aufsichtsrechts vom Reichsjustizminister auf die Justizminister der Länder nach dem Zusammenbruch noch unter der Herrschaft der RNotO vgl.z.B.f. Nordrh.Westf. MRVO Nr.67 v.1.12.1946 (Amtsbl.Mil.Reg.Nr. 15) i.V.m.der Anweisung der Mil.Reg.v.14.2.1947 (Legal MOJ 5233) i.V.m. B 1 der AV des JM NW v.29.4.1947 (JMBL. NW S.2).

Abs.2 RNotO ausgeht.²⁴⁴⁾ Während die laufende Überwachung der Amtsführung regelmäßig durch den Landgerichtspräsidenten selbst erfolgen wird, wird die Geschäftsprüfung gewöhnlich aus den besagten Gründen von einem Prüfungsbeauftragten des Landgerichts durchgeführt werden, wenn auch der Landgerichtspräsident selbst zur Prüfung schreiten oder sich jederzeit in diese einschalten kann. "Zur Durchsicht und Prüfung der Verzeichnisse und Bücher sowie zur Prüfung der Kostenrechnungen, Abrechnungen über Gebührenabgaben und dergleichen" kann sich der Landgerichtspräsident auch der nichtrichterlichen Beamten²⁴⁵⁾ (zum Beispiel also der Hilfe von Bezirksrevisoren) bedienen.

Überdies ermöglicht § 44 S.2 DOfNot (§ 33 Abs.2 S.1 DOfNot 1961) die Bestellung eines oder mehrerer Richter durch den Oberlandesgerichtspräsidenten, die im Auftrage der zuständigen Landgerichtspräsidenten die Notare im gesamten Oberlandesgerichtsbezirk prüfen.²⁴⁶⁾

Neben den genannten Aufsichtsbehörden und ihren Hilfsorganen hat der Gesetzgeber den Standesorganisationen selbständige Aufsichtsaufgaben gestellt. Sie bestehen, unbeschadet der Pflichten, die Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen,²⁴⁷⁾ in der Sorge für eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung.²⁴⁸⁾ Die Durchführung dieser Aufgaben wird man im wesentlichen in dem Erlaß allgemeiner Richtlinien und Weisungen zu erblicken haben, die eine ordnungsmäßige Amtsführung garantieren sollen.²⁴⁹⁾ Die so geübte Aufsicht der Kammern ist das Korrelat zu der staatlichen Aufsicht, welcher aus der mit der dienstrechtlichen Loslösung der Notare vom Staatsorganismus verbundenen räumlichen Trennung der unmittelbare Kontakt zu den Berufsträgern fehlt - im Gegensatz zu den Standesgenos-

244) § 93 Abs.2 BNotO u. § 33 Abs.1 DOfNot 1961 sprechen demgegenüber von "beauftragten Richtern", um so dem besonderen Status der Richter Rechnung zu tragen.

245) Nach § 93 II 2 BNotO: "Beamte der Justizverwaltung".

246) S. hierzu SEYBOLD, Kom., Anm. II 2 zu §§ 65-67.

247) S. unten S. 70 ff; § 45 Abs.2 S.2 RNotO, § 67 Abs.1 S.2 BNotO.

248) S. die in Fußn. 247 zit. Bestimmungen. Näheres bei SEYBOLD, Kom., § 45 Anm. III; VOLLMER-SCHWARZ, Kom., § 45 Anm. 2; GONNELLA, Notartag 56, 59.

249) Vgl. FEYOCK, DNotZ 52, 255.

sen. Die ständige Überwachung der Amtsführung der Notare wird denn auch tatsächlich mehr durch die Standesorganisation erfolgen, während sich die Tätigkeit der Justizaufsichtsbehörden vornehmlich auf die Einzelprüfung in Abständen von mehreren Jahren konzentrieren wird. Indes muß beachtet werden, daß den Kammern keine weitergehenden Rechte zustehen, als in Ausübung ihrer gesetzlichen Befugnisse die Notare zu laden, von ihnen Auskünfte zu verlangen und notfalls zur Erzwingung dieser Verpflichtungen sie mit Ordnungsstrafen bis zu 300,-- DM zu belegen (§ 58 Abs.1 und 2 RNotO, § 74 Abs.1 und 2 BNotO).²⁵⁰⁾

Man sieht, daß in dem Nebeneinander von staatlicher und ständischer Aufsicht eine gegenseitige Ergänzung liegt, die allen Beteiligten zugute kommen kann.

Lagen diese Aufgaben ehemals kraft § 45 Abs.2 RNotO bei der Reichsnotarkammer und hatten die einzelnen Notarkammern unter der Verantwortung ihrer Präsidenten (§ 56 Abs.2 RNotO) gemäß § 53 Abs.1 RNotO die dieser zugewiesenen Aufgaben im Bereich ihres eigenen Bezirkes im Rahmen der ihnen von dem Präsidenten der Reichsnotarkammer gegebenen Weisungen und Richtlinien selbstständig wahrzunehmen, so übten nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches, mit dem die Reichsnotarkammer zu bestehen aufgehört hatte, die Bezirksnotarkammern oder, wo diese noch nicht wieder bestanden, die Rechtsanwaltskammern selbstständig für ihr Gebiet die Aufgaben der Reichsnotarkammer aus.

Bei dieser durch den Übergang der Justizhoheit auf die Länder bedingten Regelung bleibt es auch nach der BNotO. Diese verlagert entsprechend dem föderalistischen Aufbau der Bundesrepublik Deutschland den Schwerpunkt der berufsständischen Organisation auf die regionale Gliederung. Sie statuiert mitgliederschaflich organisierte Notarkammern mit, im Gegensatz zu früher, eigener Rechtspersönlichkeit (§ 66 I BNotO). Aus der RNotO (§ 45

250) Allerdings räumt die BNotO in § 75 den Notarkammern darüber hinaus die Befugnis ein, bei Ordnungswidrigkeiten leichter Art eine Ermahnung auszusprechen. Diese ist mit Gründen zu versehen und der Aufsichtsbehörde mitzuteilen. Greift diese nun ein, so erlischt die Befugnis der Notarkammer.

Abs.2) hat sie in den § 67 Abs.1 S.2 für die Notarkammern dieselben Aufgaben übernommen, die früher der Reichsnotarkammer zukamen, also auch die Sorge für eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung der Notare, so daß auch nach geltendem Recht außer den Aufsichtsbehörden die Standesorganisationen als Aufsichtssubjekte fungieren und eine Selbstüberwachung der Notare durch die eigenen Standesgenossen stattfindet.

Nach GONNELLA ²⁵¹⁾ tritt zu den Subjekten der Aufsicht über die Notare noch die Klientel hinzu. Diese Auffassung findet weder in der RNotO noch in der BNotO eine Stütze. Wenn GONNELLA die "vielleicht wirksamste Aufsicht über den Notar" in dessen Klientel erblickt, da sie ihn nur beauftrage, wenn er sein Ansehen wahre, sich volles Vertrauen erwerbe und seine Geschäfte sachgerecht und flüssig erledige, und indem die Klientel ihn haftbar mache, wenn er seine Pflichten verletze, so ist jedem dieser Gesichtspunkte entgegenzutreten. Mit einem entgegengesetzten Verhalten verscherzt sich der Notar zwar das Vertrauen dieses oder jenes Klienten; er wird ihn verlieren. Aber Aufsicht über ihn liegt damit noch nicht vor. Ohne hier schon in das Wesen der Aufsichtstätigkeit einzudringen, kann doch vorweg schon soviel festgestellt werden, daß mit ihr nicht nur eine Beobachtungs-, sondern auch eine Berichtigungsfunktion erfüllt wird. Da aber der Notar in den meisten Fällen nicht einmal erfahren wird, weshalb er einen Klienten verloren hat, es also hinsichtlich des auf diesen Klienten bezogenen notariellen Aktes beim status quo ante bleiben wird, entfällt die zuletzt genannte Aufsichtsfunktion und somit ein wesentliches Merkmal der Aufsicht. Hervorzuheben ist auch, daß eine effektive Kontrolle nur von Rechtskundigen geübt werden kann, zu denen die Mandanten in aller Regel nicht gehören, und daß "Aufsicht" eine Rechtsinstitution ist, die stets und nur von einem Hoheitssubjekt ausgeübt wird. Ist es ein Sinn der Aufsicht, - auch soviel kann hier schon gesagt werden - einzugreifen, solange noch die Möglichkeit für Aufsichtsmaßnahmen besteht, so fehlt doch gerade der Klientel diese Möglichkeit. Macht der Klient aber den Notar

251) Notartag 1956,59.

für eingetretenen Schaden haftbar, so können wir diesen Fall nicht mehr zur Aufsicht zählen. Wirksam durchgeführte Aufsicht beugt der Haftung gerade vor. Der Haftungsfall selbst beweist, daß die Aufsicht zu spät kam, zum mindesten aber ihren eigentlichen Sinn im konkreten Fall **verfehlt** hat. Einzuräumen ist GONNELLA allenfalls, daß Aufsicht im weitesten und ganz unjuristischen Sinne durch die Klientel über den Notar insofern geübt wird, als die sich in irgendeiner Weise äußernde Unzufriedenheit ihn zukünftig zu größerer Wachsamkeit veranlassen mag. Diese Art Aufsicht ist aber zu unbestimmt und in ihren Wirkungen zu verschwommen, als daß die Klientel zu den Aufsichtspersonen gezählt werden könnte.

d) Hier ist aber noch auf die den staatlichen Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit von den Notarkammern zuteil werdende Unterstützung einzugehen:

Mit SEYBOLD-HORNIG-LEMMENS ²⁵²⁾ ist dafür zu halten, daß die Kammern hierbei nicht als Hilfsorgane der Aufsichtsbehörden fungieren, sondern verständnisvoll mit diesen zusammenarbeiten sollen. Eine Unterstützung der Aufsichtsbehörden im Sinne einer solchen Zusammenarbeit wird sich unter anderem darin äußern, daß einerseits diese zu verständigen sind, wenn einer Notarkammer eine grobe Pflichtverletzung eines Notars bekannt wird, andererseits die Stellungnahme der Notarkammer einzuholen ist oder ihre Richtlinien und allgemeinen Weisungen, von denen oben ²⁵³⁾ die Rede war, zu berücksichtigen sind, ²⁵⁴⁾ bevor die Aufsichtsbehörden gegen einen Notar einschreiten. Nur so kann auch der Vorschrift des § 45 Abs.2 RNotO (§ 67 Abs.1 S.2 BNotO ²⁵⁵⁾) genügt werden.

252) Kom., § 45 IV 1.

253) S. 67.

254) SEYBOLD, Kom., §§ 65-67, Anm. II 3.

255) Angesichts der von der BNotO übernommenen Regelung der RNotO für die gemischt staatlich-ständische Aufsicht ist die mitunter aufgeworfene Frage müßig, ob nicht eine ausschließliche "kollegiale Dienstaufsicht", eine "berufsständische Amtsaufsicht", eher am Platze ist. - Zu den Argumenten pro und contra vgl. FEYOCK, DNotZ 52, 255/256; JONAS, DN 37, 188/189; wie dieser MÜLLER, S. 73/74, und zu der Frage allgemein E. R. HUBER, § 65 I 3 d bb und § 66 I 3 b aa (S. 7 u. 774/775).

e) Bei den Gegenständen, die der Aufsicht unterfallen, hat man zu unterscheiden zwischen dem beruflichen (1) und dem sonstigen (außerberuflichen) Verhalten des Notars (2) ²⁵⁶⁾. Zwar spricht der die Aufsicht behandelnde erste Abschnitt des dritten Teiles der RNotO (BNotO) in § 66 Abs.1 (§ 93 Abs.1) nur von der Prüfung und Überwachung der Amtsführung ²⁵⁷⁾ der Notare, so daß danach das außerberufliche Verhalten nicht unter die Aufsicht fiele. Ist aber schon die besondere Stellung des Notars als eines Beliehenen ein Anzeichen dafür, daß auch sein "außerdienstliches" Verhalten, gleich wie das eines Beamten, der Kontrolle zu unterziehen ist, so folgt dies auch aus § 15 Abs.3 RNotO (§ 14 Abs.3 BNotO). Dort heißt es nämlich, daß der Notar sich durch sein Verhalten in und außer seinem Berufe der Achtung und des Vertrauens, die seinem Berufe entgegengebracht werden, würdig zu zeigen hat. Er darf nicht dulden, daß ein seinem Hausstande angehörendes Familienmitglied eine unehrenhafte ²⁵⁸⁾ Tätigkeit ausübt. Auf die Befolgung dieser Vorschrift aber zu achten, können nur die Aufsichtspersonen berufen sein.

f) Innerhalb der Beaufsichtigung des beruflichen Verhaltens hat man wiederum die den Aufsichtsbehörden zugewiesene Erledigung der von den Notaren gestellten Anträge, insbesondere die Beurteilung der in der RNotO (BNotO) vorgesehenen Genehmigungen und Erlaubnisse von der Prüfung der Amtsführung zu trennen. Nur diese interessiert uns hier und wir lassen, wie schon oben ²⁵⁹⁾ erwähnt, die erstgenannten Aufsichtsobjekte außer acht. Sie bilden einen eigenen Tätigkeitsbereich der Aufsichtsbehörden und sind nicht der eigentliche Gegenstand der Beaufsichtigung. ²⁶⁰⁾

Daß die Geschäftsprüfung der Notare die gesamte Amtsführung bzw. die ordnungsmäßige Erledigung der Amtsgeschäfte umfaßt, stellt § 43 Abs.2 S.1 DOtNot (§ 32 Abs.2 S.1 DOtNot 1961) heraus.

²⁵⁶⁾ Gleicher Ansicht SEYBOLD, Kom. §§ 65-67, Anm. II 1; VOLLMER-SCHWARZ, Kom., § 65 Anm. 4.

²⁵⁷⁾ Ebenso in § 43 II 1 DOtNot u. § 32 II 1 DOtNot 1961.

²⁵⁸⁾ In BNotO aaO.: "... eine mit der Stellung eines Notars nicht zu vereinbarende ...".

²⁵⁹⁾ S. 64/65.

²⁶⁰⁾ Vgl. auch Fußn. 238.

aa) § 66 Abs.2 RNotO (§ 93 Abs.2 BNotO) umschreibt die Gegenstände, die innerhalb der Amtsführung zu prüfen sind. Er nennt die Akten, Verzeichnisse und Bücher der Notare sowie die in ihrer Verwahrung befindlichen Urkunden, ferner die Kostenberechnungen (bb) und Abrechnungen über Gebührenabgaben und (nach RNotO) Urkundensteuern ²⁶¹⁾. § 43 Abs.2 S.2 DOfNot (§ 32 Abs.2 S.2 DOfNot 1961) vervollständigt diese Aufzählung noch dahin, daß sich die Prüfung insbesondere auch auf die Einrichtung der Geschäftsstelle und auf die vorschriftsmäßige Verwahrung von Wertgegenständen zu erstrecken habe.

Fragt man nach dem inneren Zusammenhang der beispielhaft aufgezählten Gegenstände innerhalb der Amtsführung, so wird die Antwort mit JONAS ²⁶²⁾ in folgendem zu finden sein: Die Prüfung hat nicht nur das Formell-Technische, sondern ebenso das Materielle der notarischen Tätigkeit zu umfassen. Noch konkreter scheint uns allerdings eine Zusammenfassung dahin zu sein, daß die Prüfungsbehörden ihr Augenmerk nicht nur auf den durch die DOfNot weitgehend geregelten internen Geschäftsbetrieb, sondern auch auf die Amtsgeschäfte gegenüber den Klienten zu richten haben. Hiervon werden die durch das Gesetz aufgezählten Beispiele sämtlich erfaßt. Zugleich ist der Aufsicht hiermit aber auch ein sinnvoller Rahmen gesteckt, wobei nicht übersehen werden darf, daß sich die Aufsicht also - das aber offensichtlich im Einklang mit der gesetzlichen Regelung - grundsätzlich auf alles zu erstrecken hat, was im Notariatsbetrieb nach innen und außen an Aufgaben, Obliegenheiten und Pflichten vorkommt.

bb) Was nun die Prüfung der Kostenberechnungen anbelangt, so beschränken wir uns hier angesichts einer eingehenden Regelung im Gesetz auf folgende Ausführungen: Es müssen auseinandergehalten werden die Nachprüfung der Kostenrechnungen im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO und eine Beanstandung des Kostenansatzes durch die Aufsichtsbehörden im Wege des üblichen Prüfungsverfahrens nach § 66 RNotO i.V.m. § 43 DOfNot (§ 93 BNotO

²⁶¹⁾ Da diese nicht mehr erhoben werden (VO v.20.8.1941, RGBl.I 510), ist die BNotO der heutigen Rechtslage angeglichen worden, cf. § 93 II BNotO.

²⁶²⁾ DNotZ 37,528.

i.V.m. § 32 DOfNot 1961). Denn einmal kann die Initiative zur Nachprüfung von Seiten des zahlungspflichtigen Mandanten (§ 156 I 1 KostO) oder von Seiten des Notars im Falle des § 156 I 3 KostO ausgehen oder sie geht aus von den Aufsichtsbehörden in den Fällen der §§ 156 V KostO, 52 I a.E. u. II KostVerfgg.²⁶³⁾ Dann befinden wir uns im Beschwerde-, also Rechtsschutzverfahren. Und zum anderen können die Dienstaufsichtsbehörden bei der Prüfung des Notariats Anlaß zu Beanstandungen des Kostenansatzes haben, ohne daß etwa ein betroffener Mandant selbst den Anstoß hierzu gegeben hat; dann hat man es mit einem Prüfungsgegenstand im Verhältnis von Aufsichtsbehörde zu Notar zu tun. Dieser Ausschnitt aus dem Kreis der möglichen Fälle der Beanstandungen von Kostenberechnungen soll hier allein interessieren.

Zwei Fälle sind denkbar: Entweder stellt die Aufsichtsbehörde fest, daß der Gebührenbetrag zu hoch, oder sie entdeckt, daß er zu niedrig ist. Hierzu bestimmt § 52 I KostVerfgg., daß der Notar sodann aufzufordern ist, "den Ansatz zu berichtigen, gegebenenfalls zu viel erhobene Beträge zu erstatten oder zu wenig erhobene Beträge nachzufordern", - eine Regelung also, die durchaus als sinnvoll und gerecht erscheint. BEHRE²⁶⁴⁾ führt zur Frage jedoch folgendes aus:

(Die Pflicht zur Zurückzahlung oder Nachforderung zu viel oder zu wenig erhobener Beträge werde von den Notaren oft als schwere Belastung empfunden. Aus wirtschaftlichen Gründen sei die Erstattung mitunter nicht ohne Entbehrungen möglich. Auch der ungünstige Eindruck auf die Mandanten und seine Folgen würden gescheut. BEHRE bringt diesen Erwägungen Verständnis entgegen und ist der Ansicht, daß es darauf ankomme, Mittel und Wege zu finden, solche für alle Beteiligten unerwünschten Folgen möglichst zu vermeiden. BEHRE sieht deshalb das Ziel der Geschäftsprüfung in diesem Rahmen als erfüllt an, wenn die Prüfenden die Notare auf die Hauptmängel ihrer Gebührenberechnungen aufmerksam machen.

263) Durchführungsverfgg. zu den Kostengesetzen - KostVerfgg. - AV des RJM v.13.3.37/20.11.40 (DJ 37/433; 40/1361).

264) S.69 ff.

Er meint, es gehe über den Zweck einer gewöhnlichen Geschäftsprüfung weit hinaus, wenn viele oder gar alle gleichliegenden fehlerhaften Fälle aufgezählt oder die Gebührenunterschiede herausgestellt würden. Erfolge aber die Feststellung von Gebührenunterschieden im Prüfungsbericht ²⁶⁵⁾, so stehe es dem Notar frei, den Landgerichtspräsidenten zu bitten, aus bestimmten Gründen im Einzelfall von Rückzahlungen oder Nachforderungen absehen zu dürfen. Bei der Entscheidung hierüber sei auf die Ehre, das Ansehen und den Kampf um die Existenz gebührende Rücksicht zu nehmen. Auf solche Rücksichtnahme könne aber nur der rechnen, der sich in entschuldbarer Weise geirrt habe. In den übrigen Fällen sei mit aller Schärfe durchzugreifen.

Der Auffassung BEHRES muß entschieden widersprochen werden: Einmal ist nicht ersichtlich, welchen Anlaß er sieht, sich auf die oben ²⁶⁶⁾ zitierte Bestimmung des § 52 I KostVerfG., die er selbst erwähnt, hinwegzusetzen. Diese Bestimmung läßt den Aufsichtsbehörden keinen Ermessensspielraum. ²⁶⁷⁾ Die Ansicht BEHRES läuft aber darauf hinaus, daß Aufsichtsmaßnahmen in Fällen zu wenig oder zu viel erhobener Gebühren gänzlich in das Ermessen der Dienstaufsicht gestellt wären. BEHRES Standpunkt ist schon deshalb zu verwerfen. Es mutet im übrigen merkwürdig an, wenn in der Frage der Rückzahlungen oder Nachforderungen zu viel oder zu wenig erhobener Gebühren das Ansehen, die Ehre und der Existenzkampf der Notare in die Debatte geworfen werden und es ist zu fragen, ob nicht erst recht Ansehen und Ehre der Notare darunter leiden würden, wenn ruchbar würde, daß sie überhobene Gebühren mit Unterstützung der vorgesetzten Aufsichtsbehörden behielten. Den Existenzkampf der Notare hierbei anzuführen, ist einfach absurd: Wird eine Gebühr überhoben, so ist unrechtmäßig; auf das Verschulden der Notare kommt dabei nicht an. Allein das Interesse des Klienten an der Rückzahlung solcher Summen, die ihm, und nicht dem Notar, zustehen, steht im Vordergrund. Diese dem Notar zu belassen, ist unter keinem Gesichtspunkt

265) S.unten unter f.

266) S.73 u.Fußn.263 daselbst.

267) Auch die Erläuterungen zu § 156 KostO von BEUSHAUSEN, I, Deutsche Notariatskostenrecht, 3.Aufl.1951, S.213 ff., lassen erkennen, daß er für eine strikte Befolgung der Vorschrift eintritt.

punkt gerechtfertigt. Auch kann keine Rede davon sein, daß es einen ungünstigen Eindruck macht, Rückzahlungen zu viel oder Nachforderungen zu wenig erhobener Gebühren vorzunehmen. Das Gegenteil gilt. Ein Klient wird im ersten Fall in aller Regel von Korrektheit und Sorgfalt des Notars noch mehr als vorher überzeugt sein, zumal er nicht weiß, daß der Anstoß zur Rückzahlung von der Aufsichtsbehörde ausging. Bei einer Nachforderung mag möglich sein, daß ein Klient im Augenblick verärgert ist, gleichzeitig wird aber die Tatsache, daß der Notar zunächst einmal weniger als erlaubt gefordert hat, bei ihm psychologisch keinen ungünstigen Eindruck machen. Zur Notwendigkeit der Anordnung einer Gebührennachforderung ist im übrigen noch zu bemerken, daß sie sich neben § 52 I KostVerf. schon aus § 140 KostO ergibt, wonach die Kosten der Notare sich ausschließlich nach der Kostenordnung bestimmen und eine Gebührenvereinbarung unstatthaft ist. Würde auf die Nachforderung verzichtet, sanktionierte man im Ergebnis auch einen - gewollten oder ungewollten - unlauteren Wettbewerb der Notare.

Infolgedessen sollten also im Prüfungsbericht sowohl die Fälle einer Gebührenüberhebung als auch die eines zu geringen Kostenansatzes festgehalten werden. Dabei hat die Prüfung besonders sorgfältig zu erfolgen, wenn es sich nicht um Einzelfälle, sondern um häufige Wiederholungen dieser Art in einem Notariat handelt.

2) Zu dem von den Aufsichtsbehörden gleichfalls zu kontrollierenden außerberuflichen Verhalten der Notare ist nichts besonderes zu vermerken. SEYBOLD-HORNIG-LEMMENS²⁶⁸⁾ stecken den Rahmen dessen, was als außerberufliches relevantes Verhalten in Betracht kommt, weit. So zählen sie geordnete wirtschaftliche und persönliche Verhältnisse dazu. Dieser Auffassung ist beizutreten. § 15 III 2 RNotO (§ 14 III 2 BNotO) geht ja sogar so weit, die Pflicht zum Einschreiten gegen unehrenhaftes Verhalten der seinem Hausstande angehörenden Familienmitglieder dem Notar aufzuerlegen. Hierin wird der Wille des Gesetzgebers zur

²⁶⁸⁾ Kom., Anm. II 5 zu § 15.

Reinerhaltung der den Notar umgebenden Sphäre erkennbar, wie das auch für einen mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt Beliehenen erforderlich ist. Ein solcher steht im Blickfeld der Öffentlichkeit, die auch den Notar mit dem Staat zu identifizieren geneigt ist. Daß diese Auffassung, juristisch streng genommen, zwar unrichtig, in laienhafter Sicht jedoch verständlich ist, wurde im ersten Teil bereits ausgeführt.

f) Hat nun die Prüfung - turnusmäßig oder aus besonderem Anlaß - stattgefunden, so wird das Ergebnis vom Prüfungsbeauftragten in einem Prüfungsbericht niedergelegt und dem Landgerichtspräsidenten zur Kenntnis gebracht. Enthält der Bericht Beanstandungen, so trifft der Landgerichtspräsident nach Anhörung des Notars die erforderlichen Anordnungen.²⁶⁹⁾ Über das Ergebnis der Prüfung und die Abstellung der vorgefundenen Mängel hat der Landgerichtspräsident seinerseits dem Oberlandesgerichtspräsidenten zu berichten.²⁷⁰⁾

Dieser Punkt der Darstellung leitet nun zu dem Problem über, welche Anordnungsbefugnisse der Landgerichtspräsident hat.

§ 13. Das Problem der Abhängigkeit oder der Unabhängigkeit der Notare.

Die Frage, ob die Aufsichtsbefugnisse so weit gehen, daß man von abhängigen oder aber von unabhängigen Notaren - in demselben Sinne wie von unabhängigen Richtern - sprechen kann, ist durch § 1 BNotO nur scheinbar entschieden. Die Tragweite von § 1 BNotO wird durch die zugelassenen Aufsichtsrechte einerseits und die Einordnung des Notars in die Rechtspflege andererseits bestimmt. Die Frage nach Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der Notare hat auch die Praxiswiederholt beschäftigt. Sie ist z.B. dann bedeutungsvoll, wenn bei der Revision eines Notariats fehlerhafte Urkunden entdeckt werden. Dabei sollte man

269) § 43 IV DOfNot (§ 32 III DOfNot 1961).

270) Teil C, Abschn. I Nr. 1 S.3 der AV des RJM über Angelegenheiten der Notare v.14.6.1937 - DJ 1937,914 - (AVfNot).

unter Unabhängigkeit persönliche ²⁷¹⁾ und sachliche Unabhängigkeit und bei der letztgenannten den Ausschluß irgendwelcher Weisungen verstehen. ²⁷²⁾ ²⁷³⁾

Zur persönlichen Unabhängigkeit der Notare ²⁷⁴⁾ ist in § 7 RNotO (§ 3 I BNotO) eine Bestimmung getroffen. Danach werden die Notare auf Lebenszeit ernannt. Ob auch sachliche Unabhängigkeit besteht oder aber Weisungen hinsichtlich der materiell-ordnungsmäßigen Erledigung der notariellen Geschäfte ergehen können, regeln weder § 66 RNotO noch der im wesentlichen gleichlautende § 93 BNotO.

Zur weiteren Klärung soll unter "Weisungen" zunächst einmal ganz allgemein jede Einflußnahme der Aufsichtsbehörden auf die notariischen Geschäfte verstanden werden. Gelangt man zu dem Ergebnis, daß die Notare einer Weisungsgewalt der Aufsichtsbehörden unterliegen, so sind sie als abhängig zu bezeichnen; sind Weisungen bezüglich der notariischen Amtsführung aber verboten, so kann man von unabhängigen Notaren, gleich wie von unabhängigen Richtern, sprechen. Es soll dabei nicht verkannt werden, daß die Aufsichtsbefugnisse sich nicht in dem Recht auf Weisungen erschöpfen. Da nach dem juristischen Sprachgebrauch das Verbot von Weisungen an die Richter bei ihrer Tätigkeit aber gleichbedeutend ist mit dem Begriff richterlicher Unabhängigkeit, wird auch im Zusammenhang mit den Notaren und deren Tätigkeit von dem Verbot von Weisungen an die Notare oder aber von dem Weisungsrecht der Aufsichtsbehörden gegenüber den Notaren gesprochen werden dürfen. Hieran sind wir deswegen nicht gehindert, weil aufsichtsrechtliche Begriffe für die Rechtsbeziehungen zwischen Staat

²⁷¹⁾ Diese ist allerdings weniger weit zu verstehen als sie gemeinhin aufgefaßt wird: vgl. WOLFF, MDR 51,70, Hans PETERS, Gewaltentrennung, S.19 u. BVerfGer. NJW 54,31.

²⁷²⁾ Vgl. hierzu unten Fußn. 310.

²⁷³⁾ Daß die Aufsichtsbehörden im übrigen nach § 67 RNotO (§ 94 BNotO) befugt sind, Notaren bei Ordnungswidrigkeiten oder Pflichtverletzungen leichter Art eine Mißbilligung auszusprechen, soll angesichts der positiven Regelung hier nicht Gegenstand der Erörterung sein und bildet auch, soweit ersichtlich, keinen Streitpunkt. Vgl. hierzu im übrigen SEYBOLD, Kom., §§ 65-67, Anm. 3 u. 4; VOLLMER-SCHWARZ, Kom., § 67, Anm. 1-3.

²⁷⁴⁾ Vgl. hierzu auch GONNELLA, Notartag 1956, 56/57.

und Notar trotz §§ 1 und 93 BNotO nicht vorgegeben sind. Wir stellen an den Anfang unserer Betrachtungen nicht die Frage: Handelt es sich hier etwa um negative oder/und positive Staatsaufsicht, sondern wir lassen uns allein von den Funktionen der notarischen Aufgaben leiten, um unsere Erörterungen sodann, wie wir meinen, mit zwingender Notwendigkeit in den Umfang der Aufsichtsbefugnisse einmünden zu lassen, aus dem sich allein der Status des Notars bestimmen läßt.

Das Verständnis wird erleichtert, wenn man sich im folgenden insbesondere die Fälle vor Augen hält, in denen die Aufsichtsbehörden auf bereits ausgeführte Amtsgeschäfte Einfluß nehmen.²⁷⁵⁾ Denn ihrer Natur nach werden diese Amtsgeschäfte zunächst einmal selbständig durchgeführt und erledigt, da die Notare in "freien" Praxen, ohne unmittelbare Berührung mit den Aufsichtsbehörden tätig sind. Eine solche Berührung erfolgt erst anlässlich der Revision aus einem der geschilderten Anlässe. Es handelt sich also um solche Weisungen, die auf Rückgängigmachung, Ergänzung, Berichtigung u.ä. hinzielen. Der Regelung der §§ 65 ff RNotO (§§ 92 ff BNotO) entspricht es, die Aufsicht im wesentlichen als Aufsicht über Geschäfte, die bereits vorgenommen worden sind, aufzufassen und nicht, sie im Sinne einer "Dienstleitung" zu verstehen. - Diese Vorstellung scheint aber was noch zu zeigen sein wird, bei manchen vorzuherrschen, die sich mit der Frage der sachlichen Abhängigkeit oder Unabhängigkeit der Notare beschäftigt haben. Das muß zu Mißverständnissen führen, weil es nicht die richtige Reihenfolge von Amtsgeschäft und Aufsicht, die sich aus dem Aufbau von "privatem" Notariat (mit öffentlichen Verwaltungsaufgaben) und staatlicher Aufsicht ergibt, berücksichtigt.

Um das Gesagte an einem Beispiel zu verdeutlichen: Der dienstaufsichtsführende Landgerichtspräsident kann einen Notar bei der Beurkundung eines Kaufvertrages nicht anweisen, daß er zur Sicherung eines Ubereignungsanspruchs eine Auflassungsvormerkung in den Vertrag aufnehmen müsse. Solche Fälle haben wir bei unserer Darstellung nicht vor Augen. Sie sind unseres Erachtens un-

²⁷⁵⁾ Nicht dagegen sollen uns hier Fälle der Amtsverweigerung interessieren, bei denen es (zunächst jedenfalls) erst gar nicht zu einem Amtsgeschäft kommt. Vgl. hierzu im übrigen RECKERT, DFG 38, 249 ff u. SEYBOLD, Kom., § 16, Anm. II 1 u. 3, § Anm. V.

problematisch. Insoweit besteht kein Weisungsrecht, weil es sich hier um eine inhaltliche, durch keine Norm vorgeschriebene Erweiterung des von den Parteien beabsichtigten Vertrages handeln würde, den Inhalt aber die Beteiligten allein in Anlehnung an den Rechtsrat des Notars bestimmen. Überdies würde die Eintragung der Vormerkung Kosten verursachen, die nicht vom Landgerichtspräsidenten oder Notar, sondern vom Klienten getragen werden. Gerade für den vorliegenden Fall wird die Frage nach dem Weisungsrecht aber akut, sobald ein Notar die urkundliche Gestaltung vorgenommen hat. So würde z.B. bei Nichtigkeit einer Urkunde zu fragen sein, ob die Weisung ergehen kann, die Gültigkeitsvoraussetzungen nachzuholen. Das ist problematisch und, wie die Praxis zeigt, nicht nur von akademischer Bedeutung.

Vom allgemeinen Dienstaufsichtsrecht her kann die Antwort nicht gefunden werden, weil der Notar kraft seiner besonderen Rechtsstellung nicht dem öffentlichen Dienstrecht untersteht. Wie erwähnt, ergibt auch die Formulierung der BNotO in §§ 1 und 93 keine Klarheit. Es gibt auch nicht etwa allgemein verbindliche Regeln der Aufsicht über Beliehene.²⁷⁶⁾ Es kommt vielmehr alles auf die Einzelbestimmungen in ihrem Sinnzusammenhang an,²⁷⁷⁾ weil die jeweils übertragenen Hoheitsbefugnisse ganz verschiedener Art sind, somit zur Erreichung verschiedener Zwecke verschiedene Aufsichtsmittel eingesetzt werden müssen. Die Terminologie von Theorie und Praxis in Aufsichtsfragen ist uneinheitlich.²⁷⁸⁾ Man kommt, wenn die gesetzlichen Vorschriften - wie meist - nicht ausreichen (a), einer Charakterisierung der Aufsicht über den Notar aber näher, wenn man, wie schon erwähnt,

276) Terminologisch wie inhaltlich gehen die Ansichten hier weit auseinander: So bezeichnet BRAND die Aufsicht über Beliehene als von "besonderer Art"; HATSCHEK, VwR, 7. u. 8. Aufl. 1938, S. 357: "negative u. positive Staatsaufsicht, letztere in einer verhältnismäßig abgeschwächten Form"; W. JELLINEK: "ähnlich wie die positive Staatsaufsicht über Kommunalverbände" (VwR, S. 527); CANTNER (S. 79): "Seitenstück der Dienstaufsicht" im Anschl. an O. MAYER, VwR II, § 50 I, S. 257; SCHWEIKERT, S. 125: "Aufsicht eigener Art"; HECKEL, DöV 52, 618: "Mischform der Aufsicht"; NEBINGER, S. 15: "besondere Staatsaufsicht".

277) Vgl. BRAND, S. 71 ff; WOLFF, VwR II, § 104 III a 2 (S. 307).

278) Vgl. Fußn. 277.

seine Funktion in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt, sie zu anderen abgrenzt (c) und dann das Wesen der Aufsicht über Notare mit ihren Maßstäben, Aufgaben und Mitteln (§ 14) untersucht.

a) Zunächst sind die gesetzlichen Vorschriften auszuwerten: In § 43 Abs.2 DOfNot (entsprechend § 32 Abs.2 DOfNot 1961) heißt es in bezug auf den Umfang der Prüfung, daß sie die gesamte Amtsführung des Notars umfaßt. Sie erstreckt sich insbesondere auch auf die Einrichtung der Geschäftsstelle. Es ist jeweils auch eine größere Zahl von Urkunden durchzusehen. Hiermit zusammen hängt die Vorschrift des § 43 Abs.4 S.2 DOfNot (ebenso § 32 Abs.3 S.2 DOfNot 1961), wonach, soweit der Prüfungsbericht Beanstandungen enthält, der Landgerichtspräsident nach Anhörung des Notars die erforderlichen Anordnungen trifft. Darüber hinaus sagt die AV von 1937 ²⁷⁹⁾, daß der Landgerichtspräsident dem Oberlandesgerichtspräsidenten über das Ergebnis der Prüfung und die Abstellung der vorgefundenen Mängel zu berichten hat.

Danach unterscheiden die gesetzlichen Bestimmungen also zwischen der eigentlichen Prüfungs- und der daraus resultierenden Anordnungstätigkeit; mit anderen Worten: zwischen Information und Weisung. Beide bedingen einander. Davon geht auch das Gesetz aus, da es einerseits von den Ermittlungen spricht, die anzustellen sind, andererseits von den erforderlichen Anordnungen des Landgerichtspräsidenten, die zudem zur Abstellung der festgestellten Mängel tauglich sein sollen. Ebenso verhält es sich in dem speziellen Fall der Prüfung von Kostenansätzen. Es geben sich hier Zuviel- oder Zuwenigforderungen, so ergeht die Aufforderung an den Notar zur Berichtigung des Ansatzes, gegebenenfalls zur Erstattung oder zur Nachforderung.²⁸⁰⁾ Darin könnte man gewisse Anhaltspunkte für eine ausgedehnte Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörden erblicken. Es bleibt aber zu präzisieren, welche Bedeutung den "erforderlichen Anordnungen" des Landgerichtspräsidenten zukommt.

279) S.oben Fußn.270.

280) Vgl.Fußn.263 (zu § 52 I KostVerfGg.) u.oben S.73.

b) Hierzu ist das Schrifttum heranzuziehen, bei dem es sich meist um nicht eindeutige und nur beiläufig geäußerte Meinungen handelt.

Rechtshistorisch ist von Interesse, daß WEISSLER²⁸¹⁾ und OBERNECK²⁸²⁾ ebenso wie das Königl. Obertribunal²⁸³⁾ das Recht zu Anordnungen im allgemeinen wie in Einzelfällen anerkannt haben, während JASTROW²⁸⁴⁾ der Auffassung war, daß die Aufsicht kein Recht zu Weisungen zur materiellen Handhabung des Amtes impliziere. Doch sind diese Auffassungen durch die RNotO, mit deren Inkrafttreten die Notare aus dem Beamtenstatus herausgelöst worden sind, überholt.²⁸⁵⁾

Unter der Geltung der RNotO oder im Hinblick auf sie begegnet man folgenden Ansichten zu der aufgeworfenen Frage:

Die Kommentatoren SEYBOLD-HORNIG-LEMMENS nehmen in ihrem Standardwerk zur RNotO nicht eindeutig Stellung. Sie lassen sich dahin aus:²⁸⁶⁾ Das Aufsichtsrecht schließe u.a. die Befugnis in sich, im Einzelfall Weisungen zu erteilen, denen die Notare auch Folge zu leisten verpflichtet seien²⁸⁷⁾. Welcher Art diese Weisungen sein dürfen, ob sie sich nur auf die äußerlich-ordnungs-mäßige oder auch, was gerade problematisch, auf die materiell einwandfreie Erledigung der notarischen Geschäfte beziehen dürfen, bleibt offen.

Ebenso lassen die Bemerkungen von VOLLMER-SCHWARZ keine eindeutige Stellungnahme erkennen. Sie heben hervor,²⁸⁸⁾ daß die Pflicht der Aufsichtsbehörden sich nicht in der Kontrolle erschöpfe, ob die Notare die in der RNotO oder in der DOtNot gegebenen oder die sonstigen für ihre Amtsführung maßgebenden Vorschriften beachten; es gehöre auch zu ihren Aufgaben, durch all-

281) Das Notariat der Preuss.Monarchie, Leipzig 1896, S.193.

282) § 12, S.33 und 35.

283) JustMinBl. f.d.Preuss.Gesetzgebung und Rechtspflege, Berlin 1863, S.192.

284) Anm.2 a und b zu Art.91 PrFGG.

285) Was speziell die Art.77-103, also auch Art.91 (vgl.die vorig.Fußn.) PrFGG angeht, vgl.SCHLEGELBERGER, Kom.II, S.1039.

286) §§ 65-67, Anm.II 3.

287) So auch in Anm.II 3 zu § 15.

288) § 66 Anm.I.

gemeine Anordnungen oder allgemeine Weisungen darauf hinzuwirken, daß die bei der Aufsicht hervorgetretenen Mängel und Fehler künftig vermieden werden. Damit ist also gerade nichts über die Abstellung der bereits vorgefundenen Mängel, nichts über die in diesem Zusammenhang "erforderlichen Anordnungen", gesagt.²⁸⁹⁾ An anderer Stelle sprechen diese Autoren davon, daß die Einschaltung der Berufskörperschaft "eine Überspannung der staatlichen Leitungstätigkeit" vermeide. Hierin könnte eine Anerkennung von Weisungsbefugnissen der Aufsichtsbehörden erblickt werden. Aber klar wird das auch bei VOLLMEYER-SCHWARZ nicht.

JONAS äußert sich wie folgt:²⁹⁰⁾ Die Prüfung habe die gesamte Amtsführung, nicht nur das Formell-Technische, sondern ebenso das Materielle zu umfassen. Selbstverständlich habe der Prüfungsbeauftragte etwaige Bedenken gegen die gesetzliche Zulässigkeit beurkundeter Rechtsgeschäfte zur Sprache zu bringen. Er habe sich aber auf die Prüfung und die Niederlegung seiner Wahrnehmungen im Prüfungsbericht zu beschränken,²⁹¹⁾ was allerdings nicht ausschließe, daß er diesen oder jenen Fall mit dem Notar näher erörtere. Welche Befugnisse auf Grund des Prüfungsberichtes zustehen, darüber erfahren wir bei JONAS nichts. Er sagt allerdings an anderer Stelle,²⁹²⁾ für das Abhängigkeitsverhältnis des Notars zur Staatsgewalt sei es ohne jede grundsätzliche Bedeutung, ob dieses Verhältnis durch Globalverweisung auf das allgemeine Beamtenrecht oder selbständig geregelt werde. Hier glaubt man nun auf festem Boden zu stehen, denn danach würde der Notar so wenig sachliche Unabhängigkeit wie ein Verwaltungsbeamter genießen. Dieser Boden entgleitet einem aber sogleich wieder, wenn man wenig später liest,²⁹³⁾ daß der Notar trotz Herauslösung aus dem Beamtenverhältnis der Aufsicht der Justizverwaltung und einer Dienststrafgerichtsbarkeit - genau entsprechend derjenigen für die richterlichen Beamten - weiterhin un-

289) Auch nicht an der Stelle, an der diese Autoren (aaO., Anm.6) im Zusammenhang mit dem Prüfungsbericht des Prüfungsbeauftragten hierauf zu sprechen kommen.

290) DNotZ 37,528 ff.

291) was schon aus § 66 II 2 a.E. RNotO folgt.

292) DNotZ 37,175 ff (178).

293) AaO., S.188.

terstehe.²⁹⁴⁾

HIEBER ²⁹⁵⁾ streift in anderem Zusammenhang unsere Grundfrage mit dem Bemerken, daß der Notar bei seiner Amtstätigkeit als Rechtsbetreuer der Kontroll- und Weisungsbefugnis der Aufsichtsbehörden unterliege. Dies bezieht er auch ausdrücklich auf die eigentliche Urkundstätigkeit. Eine nähere Umschreibung dessen, was er mit Weisungsbefugnis meint, gibt er nicht. Zutreffend bemerkt er im übrigen, daß die Frage, inwieweit die Aufsichtsbehörden in die Tätigkeit des Notars mit Weisungen eingreifen können, noch sehr wenig erforscht sei. Sie ist es überhaupt noch nicht, wenn man von RECKERTS und GONNELLAS Ansichten, die wir in anderem Zusammenhang ablehnen müssen,²⁹⁶⁾ absieht.

Sind die gerade wiedergegebenen Ansichten nicht eindeutig, so werden die nun folgenden schon präziser vorgetragen, wobei man zwischen Abhängigkeit und Unabhängigkeit der Notare schwankt.

Genauer äußert sich FEYOCK.²⁹⁷⁾ Er sieht in der Kontrollfunktion der staatlichen Aufsicht und Notarkammern Rechtssicherheitsgarantien, die den in einer Einordnung des Notars in den Staatsapparat als Beamten liegenden Sicherungen in nichts nachstünden, ja sie sogar überträfen. - Nach der noch vorzunehmenden eingehenden Untersuchung wird FEYOCK weitgehend zuzustimmen sein.

Auch BEHRE muß man dahin verstehen, daß er eine strenge Aufsicht anerkennt. Er führt aus:²⁹⁸⁾ Die Notariatsurkunden seien auch nach der materiellen Seite hin zu prüfen. Der Notar sei sodann auf etwaige Fehler grundsätzlicher Natur hinzuweisen, damit er sie in Zukunft vermeide. Daneben sei aber auch auf die Beseitigung von Fehlern hinzuwirken (z.B. auf die Beseitigung nichtiger Erklärungen und ihre Wiederholung in gültiger Form). Erforderlichenfalls sei die Durchführung der Anordnungen zu überwachen. Dem stimmen wir zu und wir werden darlegen, warum dies

294) Hieran ist, abgesehen vom Widerspruch zum Vorangegangenen, einiges sachlich unrichtig; auf die Kritik daran kommt es hier aber weniger an.

295) DNotZ 54,467.

296) S. § 13 c 2 aa, § 14 b.

297) DNotZ 52,244 ff (256).

298) S. 12 ff.

so sein muß. - Allerdings weicht BEHRE hinsichtlich der Prüfung von Kostenberechnungen wieder von seinem Standpunkt ab.²⁹⁹⁾ Insoweit sieht er das Ziel der Prüfung als erreicht an wenn der Notar über Fehler aufgeklärt ist und er diese in Zukunft vermeidet. - Aber auch hier darf unseres Erachtens die Korrektur nicht fehlen.³⁰⁰⁾

SAAGE³⁰¹⁾ und SCHACK³⁰²⁾ stellen in bezug auf den Entwurf zur BNotO fest, daß durch die Betonung der Unabhängigkeit des Notars in § 1 EBNoto, wie er später Gesetz wurde, zum Ausdruck kommen solle, daß der Notar nicht an Weisungen der Staatsgewalt gebunden sei. Indem SAAGE und SCHACK ihre Ausführungen mit dem Satz einleiten, daß die Rechtsstellung des Notars nach dem Entwurf im wesentlichen unverändert bleibe, bestand also nach ihrer Auffassung die Unabhängigkeit bereits nach der RNotO. Aber auch SAAGE und SCHACK äußern sich nicht näher zu der ganzen Problematik.

Ohne nähere Umschreibungen bezeichnen WOLPERS³⁰³⁾ und DÖHRING den Notar als unabhängig gegenüber der Staatsgewalt; ebenso WEBER³⁰⁵⁾ und BAUR³⁰⁶⁾; der letzte allerdings mit der bedenklichen Begründung, daß der Notar eben nicht Beamter und deshalb (!) von den Weisungen vorgesetzter Behörden frei sei. Ähnlich spricht LENT³⁰⁷⁾ davon, daß der Notar durch die Reichsnotarordnung nicht "abhängiger Beamter" werden sollte. BAUR und LENT gehen von nichtbestehenden Alternativen aus.

Ist so weder die gesetzliche Regelung genügend klar, besteht auch keine feste Rechtsprechung oder wissenschaftliche Meinung, muß man aus allgemein-rechtlichen Erwägungen den Umfang der Aufsichtsbefugnisse ermitteln. Es ist nämlich eine Eigenart der die Beliehenen indienstnehmenden Gesetze, daß sie Fragen der

299) Vgl. S. 73/74.

300) Vgl. im übrigen oben S. 74/75.

301) DNotZ 56, 4 ff (6).

302) JR 56, 161.

303) Notariatsrecht, S. 1545.

304) S. 176.

305) DNotZ 52, 313 ff (315).

306) FG I, § 9 II 1 a (S. 108) und 2 a (S. 109).

307) DNotZ 34, 640.

Rechtsbeziehungen des Privaten zum Staat, insbesondere aufsichtsrechtliche Beziehungen, oft gar nicht oder nur sehr lückenhaft, jedenfalls aber nicht mit konstruktiver Folgerichtigkeit³⁰⁸⁾ lösen. Dies läßt sich wohl nur so erklären, daß auch dem Gesetzgeber häufig das lebendige Bewußtsein von der Rechtsfigur des Beliehenen fehlt. Indes geht es bei der Gesetzgebungsarbeit nicht darum, öffentliche Aufgaben nach solchen Gesichtspunkten zu verteilen, daß die Betrauten in einem Lehrschema des Verwaltungs- oder Staatsrechts untergebracht werden können. Dennoch hindert dies alles nicht, daß die Rechtsstellung als Beliehener immer wieder aus der gesetzlichen Gesamtergelenkung hervortritt und als am meisten zutreffende Umschreibung zu gelten hat.

c) Für uns geht es darum, mit dem Blick auf die notarischen Aufgaben der Antwort auf die im Rahmen der Aufsicht problematische Frage nach der Weisungsbefugnis der Justizbehörden näherzukommen. Hierfür scheint uns zunächst eine Gegenüberstellung von Notaren und Richtern angebracht zu sein, da das Problem der sachlichen Unabhängigkeit gerade für letztere eine so bedeutende Rolle spielt.

(1) Die richterliche Unabhängigkeit, die sich aus der sachlichen³⁰⁹⁾ und persönlichen Unabhängigkeit zusammensetzt, wobei als die wichtigste Folge der sachlichen Unabhängigkeit die Freiheit von Weisungen erscheint,³¹⁰⁾ ist in Art. 97 I BGG verankert. Daneben spricht § 1 GVG denselben³¹¹⁾ Grundsatz, und zwar kraft

308) So IPSEN, S. 142.

309) Zu Inhalt und Umfang der sachlichen Selbständigkeit vgl. statt vieler BAUR, Just. Aufs., S. 4 u. passim. GÜLLAND, Nr. 283 ff; LÖWE-ROSENBERG, Kom. zu StPO. und GVG, 10. Aufl., Erl. 1 u. 2 zu § 1 GVG; Eb. SCHMIDT, Kom. Teil I, N. 386 ff, Teil III, N. 5-11 zu § 1 GVG, und DRiZ 52, 37 ff; HENKEL, § 30 I, S. 142 ff (S. 145); SCHORN, DRiZ 59, 269 ff; DINSLAGE, DRiZ 60, 201; Hans PETERS, Gewaltentrennung, S. 19; RADBRUCH, Einf., S. 150; jeweils mit weiteren Nachweisungen.

310) So im wesentlichen BVerfGer NJW 54, 31; ARNDT, RPflGes., § 8 Anm. 6; BAUR, FG I, § 5 III 2, Just. Aufs. S. 22, 63; GÜLLAND, Nr. 180-183; Eb. SCHMIDT, aaO., Teil I, N. 386, Teil III, N. 5 zu § 1 GVG und die dort Zitierten, sowie WOLFF, MDR 51, 69 ff (70); WIECZOREK, Bd. 5, B II zu § 1 GVG; vgl. auch die in der vor. Fußn. Genannten.

311) Der andere Wortlaut ist bedeutungslos, vgl. Eb. SCHMIDT, aaO., Teil I, N. 375.

§ 2 EG GVG nur für die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit aus. Ebenso wird die Unabhängigkeit verbürgt für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit gemäß § 1 VwGO sowie für die Rechtspfleger nach § 8 RpfLGesetz³¹²⁾. Ferner ist sie garantiert für die Gerichte durch die Bestimmungen der einzelnen Landesverfassungen der Bundesrepublik Deutschland³¹³⁾. Die Bedeutung des Art. 97 I BGG diesen Bestimmungen gegenüber liegt darin: In ihm, wie schon in Art. 102 WRV, wird der Grundsatz der Unabhängigkeit auf Verfassungsebene gehoben und für alle Richter und, über Art. 92 BGG, alle Rechtsprechung verbindlich. Überdies erhellt der unmittelbare Zusammenhang dieses Grundsatzes mit der Gewaltenteilung aus Art. 92, 20 II und III BGG. Da nach Art. 79 III BGG das Prinzip der Gewaltenteilung aber durch keine Verfassungsänderung berührt werden darf, ist damit auch die Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht und damit auch der Grundsatz des Art. 97 I BGG gesichert.

Für Notare hatte die RNotO keine die Unabhängigkeit verbürgende Norm enthalten. Die BNotO spricht zwar in § 1 von den unabhängigen Trägern eines öffentlichen Amtes, es wurde aber bereits oben dargelegt, daß die Tragweite dieser Bestimmung, die mit dem Umfang der Weisungsbefugnisse korrespondiert, erst bestimmt werden muß. Die BNotO stellt nach ihrer ganzen Anlage im wesentlichen eine Neuformulierung der noch gültig gewesenen Vorschriften der RNotO dar. Es ist unwahrscheinlich, daß in ihrer die Stellung des Notars eine grundsätzliche Änderung erfahren sollte und es wird im folgenden zu zeigen sein, daß ein solcher Versuch mit der Struktur der Rechtspflege und Verwaltung kaum

312) wonach die Rechtspfleger selbständig entscheiden, da ihnen richterliche Geschäfte übertragen sind - KEIDEL, NJW 57, 522 - und dabei nur dem Gesetz unterworfen sind, soweit nicht Abweichendes bestimmt ist (wie z.B. in §§ 4 II u. 5, 6 RpfLG - vgl. ARNDT, aaO., Anm. 10 zu § 8 und KEIDEL, NJW 57, 522). Die andere Terminologie ist ein Hinweis darauf, daß hier nur die sachliche, nicht auch die persönliche Unabhängigkeit gemeint ist, so ARNDT, aaO., § 8 Anm. 3, und kritisch KEIDEL, NJW 57, 522.

313) S. FuBn. 207 zu N. 375, Eb. SCHWIDT, Kom., Teil I.

314) Vgl. auch Eb. SCHWIDT, aaO., Teil I, N. 374.

vereinbar wäre.

Schon § 93 BNotO widerspricht der vollen Unabhängigkeit. Festzuhalten ist die persönliche Unabhängigkeit des Notars, wie sie bereits § 7 RNotO und jetzt § 3 Abs.1 BNotO durch die Bestellung zur Amtsausübung auf Lebenszeit enthalten. Der Notar ist kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne und nicht in den Behördenorganismus eingegliedert. Auch dies stellt eine eigene Form der Unabhängigkeit dar, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden darf.³¹⁵⁾ Der Notar ist etwa auf Beförderungen nicht angewiesen, er baut seine Praxis selbstverantwortlich und auf eigenes Risiko auf. Die Einteilung der Dienstgeschäfte und die Verteilung der Arbeit bleiben ihm überlassen. Diese Art der Selbständigkeit ist zu unterscheiden von der sachlichen Unabhängigkeit, deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein beim Notar im folgenden durch einen Vergleich mit der Funktion des Richters ermittelt werden soll. Denn der Richter ist das markanteste Beispiel für einen Amtswalter, der sachliche Unabhängigkeit genießt. Die richterliche Unabhängigkeit, soweit sie sachliche Unabhängigkeit ist, bedeutet Freiheit von Weisungen. Sie ergibt sich aus dem Wesen der richterlichen Aufgabe, die, wie Eb. SCHMIDT sagt,³¹⁶⁾ auf die Werte Wahrheit und Gerechtigkeit gerichtet ist. Die Intention auf Wahrheit wäre unheilbar zerstört, wenn dem Richter durch Weisungen oder auch nur unausgesprochenen Druck bestimmte Ergebnisse nahegelegt würden.

Man könnte dagegen einwenden, daß es richterliche Handlungen gibt, die den von Notaren vorgenommenen sehr gleichen. Es ist nämlich zu beachten, daß auch die Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit sachlich (und natürlich auch persönlich, worauf es hier aber nicht ankommt) unabhängig sind.³¹⁷⁾ Mithin üben sie, um die Hauptfälle zu nehmen, ihre Urkundsgeschäfte in sachlicher

315) Zu den tiefgreifenden inneren Verknüpfungen zwischen persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit beim Richter vgl. Eb. SCHMIDT, aaO., Teil I, N. 393.

316) AaO., Teil I, N. 383.

317) H.M. vgl. BAUR, FG I, § 5 III 2; GÜLLAND, Nr. 185; ARNDT, RpfLGes. § 23 Anm. 2 (S. 394); TRIEPEL, S. 510; WEBER, DNotZ 52, 315 u.a.; - a.M. offenbar BETTERMANN, Festschrift, S. 39, und SCHORN, DRiZ 1959, S. 270 (ohne Begründung).

Unabhängigkeit aus. Notaren obliegen diese Geschäfte aber ebenfalls,³¹⁸⁾ so daß man sich zu fragen hätte, ob nicht wenigstens auf den Gebieten konkurrierender Zuständigkeiten³¹⁹⁾ für Richter und Notare dieselben Grundsätze gelten sollten³²⁰⁾ so daß für Notare insoweit wegen Gleichheit der Funktion sachliche Unabhängigkeit gewährleistet werden müßte. Die Frage ist aber zu verneinen. Wir sehen in der Unabhängigkeit gerade den wesentlichen Unterschied zwischen der Verwaltungstätigkeit (im materiellen Sinn) der Gerichte auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit³²¹⁾ und der übrigen (öffentlichen) Verwaltung. Solche Unterschiede bilden rechtlich auch keine "Unebenheiten". Tatsächlich gleiche Tätigkeiten müssen rechtlich nicht, auch nicht hinsichtlich des Aufsichtsumfangs, einer gleichen Beurteilung unterliegen. Wir haben bereits oben,³²²⁾ im Zusammenhang mit der Zuordnung der "sonstigen Betreuung der Beteiligten" die Notare auf dem Gebiete der vors.R.pfl., an den Beispielen des öffentlich angestellten Arztes oder Lehrers einerseits und des Privatarztes oder Privatlehrers andererseits nachgewiesen, daß gleiche Tätigkeiten von der Rechtsordnung durchaus nicht

318) In viel stärkerem Maße sogar. So standen nach HORNIG, DNV 58,341 in Nds. notarielle und gerichtliche Beurkundungen 1955 im Verhältnis 4:1. Allgemein sollen die gerichtliche Beurkundungen sogar nur 10 % aller Beurkundungen ausmachen. Vgl. oben § 5 (S.15 und Fußn.73).

319) Vgl.hierzu oben § 5, S.15. - In den folgenden Ausführungen kann jetzt vielfach auf die bereits (vorzugsweise im 1.T.) gewonnenen Ergebnisse zurückgegriffen werden, was einer strafferen Abhandlung wegen auch meist nur kurz angedeutet wird.

320) So SEYBOLD in einem Schreiben an den Verf.aus dem Jahre 1958, in dem er als Maßstab für die sachliche Unabhängigkeit der Notare den Vergleich mit dem Urkundsrichter empfiehlt und zum Schluß folgert, daß, wo dieser weisungsfrei sei, es auch der Notar sein müsse. Für beide gälten dieselben gesetzlichen Vorschriften. - Es sei hier nur am Rande bemerkt, zu welchen wohl unlösbaren Abgrenzungsfragen diese Ansicht führen würde, wenn man sie einmal als richtig annimmt. Nach ihr käme man zu einer nur teilweisen Unabhängigkeit der Notare, da deren Aufgaben sich nur zum Teil den richterlichen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit decken.

321) Vgl.oben § 4, S.13.

322) § 6 b, S.39 ff (S.41).

mer gleich behandelt werden. Daran ändert auch hier die Tatsache nichts, daß es sich um jeweils hoheitliche Betätigung (gerichtliche oder notarielle Beurkundungen, Beglaubigungen usw.) handelt. Vielmehr ist das Augenmerk darauf zu richten, daß dem Notar Weisungen erteilt werden können, wie sie sich aus § 32 Abs.3 DofNot 1961 und insbesondere § 93 BNotO ergeben. Diese Vorschriften zeigen deutlich, daß das notarische "Verwaltungshandeln" nicht außerhalb der Kontrolle des Staates vor sich gehen soll. Anders wären die zwingend vorgeschriebenen regelmäßigen Kontrollen nicht zu verstehen. Dies läßt die Grenzlinie deutlich werden, die zwischen richterlicher und notarischer Tätigkeit verläuft. Alles Verwaltungshandeln unterliegt der Kontrolle, letztlich parlamentarischer Kontrolle. Das Aufsichtsrecht - das von niemandem bestritten wird - weist damit die notarischen Geschäfte diesem Bereich zu. Andernfalls läge ein unkontrolliertes hoheitliches Betätigungsfeld, Verwaltung³²³⁾ ohne parlamentarische Kontrolle, ein Verstoß gegen die Verfassungsstruktur der parlamentarischen Demokratie und, auf die Spitze getrieben, eine Machtposition außerhalb des eigentlichen Staatsbereichs vor.³²⁴⁾ Da aber, wie aufgezeigt,³²⁵⁾ verfassungsrechtlich eine Verantwortung der Landesjustizminister für die Notare gegenüber dem Parlament gegeben ist, muß auch das Recht auf Einwirkung bestehen, um dieser Verantwortung genügen zu können.

(2) Haben wir bisher die sich aus der Gegenüberstellung von Richtern und Notaren ergebende Problematik, insoweit ihnen materiell dieselben hoheitlichen Aufgaben übertragen sind, vorwiegend am Beispiel der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemessen, so haben wir nun, um allen möglichen Einwänden zu begegnen, zu fragen, ob nicht andere Gründe eine analoge Anwendung der für Richter geltenden sachlichen Unabhängigkeit auf Notare erfordern.

(aa) Dafür ist wesentlich, sich zu vergegenwärtigen, daß die Notwendigkeit der richterlichen Unabhängigkeit sich in erster

323) Vgl. § 5 b 5, S. 31.

324) § 11, S. 60 ff.

325) S. oben S. 61.

Linie aus Sinn und Bedeutung der echten richterlichen Aufgabe ergibt, die ihrerseits in ihrem Wesen durch die Rechtsprechungstätigkeit bestimmt werden.³²⁶⁾ Streitentscheidung ist eigentliche Aufgabe der Richter. Dagegen dient die notariische Tätigkeit auf dem Gebiet vors. R.pfl. der Ordnung rechtliche Angelegenheiten außerhalb des Streits und, wie wir gesehen haben, stellt diese vors. R.pfl. materiell Verwaltung dar³²⁷⁾ und keiner Weise Rechtsprechung. Wenn also bei den Aufgaben, die Notaren und Richtern gleichermaßen obliegen, letztere auch unabhängig sind, weil die Unabhängigkeit, verfassungsmäßig verankert in jedes Gebiet ausstrahlt, sofern es noch Rechtsprechung, wenigstens im funktionellen Sinn,³²⁸⁾ beinhaltet, und weil der Grundsatz dann (bei gleichen Tätigkeiten für Richter und Notare) nicht teilbar, sondern in diesem Augenblick gleichsam "in Kauf genommen" wird, so ist doch der Schluß³²⁹⁾ nicht zwingend, Notar müsse dann weisungsfrei sein, wenn es bei sachlich gleicher Tätigkeit auch der Richter ist.³³⁰⁾ Ein solcher Schluß ist nur zwingend, wenn man davon ausgehen könnte, daß richterliche Unabhängigkeit gerade um der Aufgaben willen besteht, für die eine konkurrierende Zuständigkeit neben den Notaren gegeben oder wenn man sagen könnte, daß der den Notaren übertragene Aufgabenkreis sich nur aus einem delegierten richterlichen Bereich zusammensetze.³³¹⁾ Beides ist nicht der Fall und auch von niemandem bisher behauptet worden. Es ist vielmehr so, daß Unabhängigkeit der Richter gerade³³²⁾ im Hinblick auf ihre Rechtsprechungstätigkeit besteht und der Aufgabenbereich der Notare (

326) Eb. SCHMIDT, aaO., Teil I, N. 383 f., Teil III, § 1 GVG, N. 5. GRÜNHUT, Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, Monatsschrift f. Krim. Psychologie u. Strafrechtsreform, 1907, Beiheft 3, S. 3; SCHIECK, DNotZ 38/650 und v. a. - vgl. auch Art. 92 BGG.

327) Vgl. oben § 4 (S. 13) und § 5 b 5 (S. 31).

328) Vgl. oben vor Fußn. 61 und diese selbst.

329) Wie von SEYBOLD gezogen, vgl. Fußn. 320.

330) Abgesehen davon, daß solche Schlußfolgerungen nicht dem Gesetz der Logik unterworfen, sondern nur nach der Rechtsordnung, die hier eine verschiedene Beurteilung erforderlich zulässig sind.

331) Was auch ausdrücklich von BAUR, FG I, § 9 II 2 a, verneint wird.

332) Nach BETTERMANN in Festschrift, Seite 39: "nur".

tokollierung von Rechtsgeschäften usw.) vielmehr bei diesen als bei den Richtern beheimatet ist. So, wie das Wesen der vors. R.pfl. verstanden werden muß,³³³⁾ deren Wirkungen in die Zukunft gerichtet sind, könnten die Notare ihren Aufgaben auf diesem Gebiet auch nicht gerecht werden, wenn man die Aufsicht beschränken würde. Es gäbe dann nichtwiedergutzumachende Fehler, so daß das Vorsorge-Element in der notarischen Rechtspflege Tätigkeit gefährdet und in sein Gegenteil verkehrt würde. Der Staat muß sich deshalb die Befugnis vorbehalten, mit hoheitlichen Maßnahmen, insbesondere Weisungen, einzugreifen, wenn er bei Revisionen Fehler in der Amtsausübung eines Notars entdeckt.

Auch wenn man die Aufgaben des Notars in rechtsstaatlicher Betrachtung sieht, ist doch die Wahl eines Oberbegriffs "Rechtspflege" dann unzulässig, wenn aus ihm die nach der Verfassung allein der rechtsprechenden Gewalt zukommende Unabhängigkeit hergeleitet werden soll.³³⁴⁾

Einen solchen Weg beschreitet GONNELLA. Er deduziert folgendermaßen:³³⁵⁾ Weil der Notar unparteiische Rechtspflege zu üben habe und nur nach Gesetz und Recht handeln solle, müsse er von anderen Bindungen und Einflüssen frei sein. Das könne im Rechtsstaat nicht anders sein. Die Rechtspflege aber sei nach dem Gewaltenteilungsprinzip insbesondere von der Verwaltung organisatorisch streng zu trennen. So spreche das BGG aus, daß die Rechtsprechung ausschließlich Richtern anvertraut sei. Für die vors. R.pfl. müsse Entsprechendes gelten, sie dürfe nur Rechtspflegeorganen anvertraut werden, die außerhalb der Organisation der übrigen Staatsgewalten stünden. Für Notare treffe das zu. Die organisatorische Funktionenteilung sei nicht bis zur letzten Konsequenz durchführbar. Es müsse eine Justizverwaltung geben, die vor allem über die Dienstaufsicht, Einfluß auf die Rechtspflege nehmen könne. Dem ziehe der Rechtsstaat aber Gren-

333) S. § 4, S. 9 ff (S. 12/13).

334) S. hierzu unsere Ausführungen in § 4, insbesondere Fußn. 52, wo von den Schnittpunkten von Rechtsprechung und Rechtspflege, aber auch von ihren verschiedenen Dimensionen die Rede ist. Auf diese Darlegungen braucht hier nur verwiesen zu werden.*

335) Notartag 1956, 57 f und passim.

zen, wenn er bestimmten Rechtspflegeorganen sachliche Unabhängigkeit, d.h. die Freiheit von Weisungen, bei der Ausübung ihrer spezifischen Rechtspflegetätigkeit beilege, um die reine Verwirklichung der Rechtsordnung zu gewährleisten. Für Richter sei die sachliche Unabhängigkeit verfassungsrechtlich garantiert. Das Problem der Einflußnahme bestehe aber auch in der vors. R.pfl. und sei dort nicht anders zu lösen. Weil hier stets Belange des Einzelnen auf dem Spiel stünden, bedürfe es ebenso der rechtsstaatlichen Unabhängigkeitsgarantie. Deshalb (sic) eigne auch dem Notar bei seiner Tätigkeit als Rechtspflegeorgan die sachliche Unabhängigkeit.

Hier muß man sich fragen, wo denn nun eigentlich die rechtsstaatliche Unabhängigkeitsgarantie für Rechtspflegeorgane in dieser allgemeinen Fassung gegeben ist, insbesondere wie sich die Prüfungs-, Aufsichts- und Anordnungsbefugnisse der RNotO und DOfNot und jetzt BNotO und DOfNot 1961 hiermit vertragen. So, wie GONNELLA argumentiert, scheint uns, läßt sich daher nicht vorgehen. Die von GONNELLA gewählte Prämisse entbehrt der Grundlage. Sie läuft auf eine petitio principii hinaus, da er in den Oberbegriff "Rechtspflege" etwas hineinlegt, was sich mit den Einzelregelungen und der Funktion des Notars nicht verträgt.

bb) Ein Exkurs in das Gebiet richterlicher Unabhängigkeit darf ferner nicht außer acht lassen, daß bei richterlichen Entscheidungen die Möglichkeit eröffnet ist, Rechtsmittel einzulegen oder Rechtsbehelfe zu ergreifen. Der Rechtsmittelweg ist ein Ausgleich für die Weisungsfreiheit.³³⁶⁾ An die Stelle der Dienstaufsicht mit Weisungsgewalt tritt die "Gerichtsaufsicht" durch das vorgeordnete, höhere, wiederum unabhängige Gericht.³³⁷⁾ ³³⁸⁾

336) Was wir meinen, drückt BAUR, FG I, § 5 III 2, zwar ungenau, aber in der überspitzten Formulierung doch sehr deutlich aus: "Weisungen" an die Gerichte könnten nur durch das im Instanzenzug vorgeordnete Gericht auf ein Rechtsmittel hin ergehen.

337) BAUR, JustAufs., S. 29 ff (S. 32/33); Eb. SCHMIDT, Kom., Teil II N. 9 zu § 1 GVG; GÜLLAND, Nr. 132 cc, 263, 283, 287, sowie die dort Genannten; DINSLAGE, DRiZ 60, 202.

338) Eine gewisse Bindung der Untergerichte an das im Einzelfall geschaffene Präjudiz kennt das Gesetz nur in ganz wenigen Fällen, so in denen der §§ 565 I u. II ZPO, 358 I StPO, 120 III, 121 II, 136, 137, 138 I u. III GVG.

Für die notariische Tätigkeit paßt diese Art der Überprüfung nicht. Sie würde auch nicht praktisch werden.³³⁹⁾ So hat man sich zu fragen, ob es dabei sein Bewenden hat, die notariischen, berichtigungsbedürftigen Akte also bestehen bleiben sollen, oder ob hier nicht der Aufsicht ein wirksames Feld eröffnet ist. Im ersten Fall hieße das aber,³⁴⁰⁾ daß die notariischen Beurkundungen (als Hauptfälle) als quasi-letztinstanzliche Entscheidungen anzusehen wären.³⁴¹⁾ Dies führte zu dem zweifellos erstaunlichen Ergebnis, daß hier der in den Prozeßordnungen nur selten vorkommende Fall eines in erster und letzter Instanz zugleich ergangenen und damit unangreifbaren Urteils³⁴²⁾ im Notariatsrecht eine irgendwie vergleichbare Wiederholung fände.³⁴³⁾

Dagegen spricht aber das wohlverstandene Interesse der rechtsuchenden Klientel, die auf die Wirksamkeit der öffentlichen Urkunde vertraut. Dieses Vertrauen muß geschützt werden. Es kann aber wirksam nur aufrechterhalten werden, wenn in Fällen der Fehlerhaftigkeit von Urkunden dem Notar dann, wenn ein Hinweis oder eine Anregung nicht genügt, bindende Anweisungen für die Beseitigung der Fehlerhaftigkeit gegeben werden. Andernfalls gäbe es für die Klienten tatsächlich nur eine "Instanz". Denn ein

339) Siehe sogleich S.94.

340) Tatsächlich sind dieser Auffassung, ohne das Korrektiv in der Aufsicht zu erblicken: FEYOCK, DNotZ 52,249; GONNELLA, Notartag 1956,53; GBERNECK, § 1 (S.4); WEBER, DNotZ 52,325.

341) So FEYOCK, aaO. Demgegenüber richtiger RÖCKERT, DFG 38, 250/51: der Notar entscheide in vielen Fällen wie ein erstinstanzlicher Richter.

342) Vgl.z.B.§§ 120 I,134 GVG oder § 510cIV ZPO.

343) So begnügt sich auch WEBER, DNotZ 52,325, mit der Feststellung, daß die Folgen eines Kunstfehlers des Notars in der Regel nicht mehr geheilt werden könnten, wie dies zumeist bei der richterlichen oder anwaltschaftlichen Tätigkeit durch den Gebrauch von Rechtsmitteln oder anderen Abhilfemöglichkeiten geschehen könne. Hier drängen sich förmlich aufsichtsrechtliche Probleme auf, hinsichtlich derer wohl auch WEBER, aaO., einer Unabhängigkeit der Notare das Wort redet. Er hat nämlich schon 1952 für die Anpassung der RNotO vorgeschlagen, die Rechtsstellung der Notare durch die Bezeichnung "unabhängige Organe der vorsorgenden Rechtspflege" deutlich zu machen (dem sich BAUR, FG I, § 9 II 1 a und 2, angeschlossen hat). Hierzu bilden WEBERS Ausführungen, aaO., S.323, (vgl.oben S.62) keinen Widerspruch.

Interessenwiderstreit, eine Konfliktslage, wie z.B. bei Kläger und Beklagtem im Prozeß, ist kaum denkbar.³⁴⁴⁾ Die Klientel ist oft gar nicht in der Lage, die juristische Fehlerlosigkeit oder zumindest Unbedenklichkeit einer Beurkundung festzustellen. Mithin unterbleibt ein Angriff gegen sie, obwohl eine Korrektur notwendig wäre. Birgt die Urkunde nämlich einen Fehler, so wird er regelmäßig erst bei ihrem Gebrauch zum Beweis oder zum Nachweis des Entstehens eines Rechts entdeckt. Dann aber ist es für einen Prozeß zu spät. Er paßt auch nicht. Denn ein Recht, dessen man sich berührt, das man aber in Wirklichkeit infolge eines Kunstfehlers des Notars nicht besitzt, ist durch einen Prozeß - so wenigstens für die Mehrzahl der Fälle nicht mehr zu erlangen. Auf die Haftung des Notars kann man zwar hier verweisen, aber doch nur als auf einen sehr unvollkommenen Ersatz. Sie kann nur ein "Ausweg" sein, aber nie ein Weg zum Erfolg, den Aufsichtsmittel jedoch in Einzelfällen versprechen.

cc) Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Rechtssuchenden folgt auch aus der Bedeutung der notariischen Beurkundung,³⁴⁵⁾ das heißt aber aus der Bedeutung der vors. R.pfl., wie wir sie schon mehrfach aufgezeigt haben: Durch die Urkunden soll die Sicherheit des Rechtsverkehrs unterstützt werden. Sie sind mehr noch als Prozesse ein Instrument der Rechtssicherheit, weil sie das wichtigste Mittel darstellen, den aus Unklarheit und Unsicherheit des Nachweises entstehenden Streitigkeiten und den damit verbundenen materiellen und ideellen Schaden vorzubeugen. In ihnen wird oft auf Generationen hinaus der Wille der Beteiligten im Hinblick auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis festgelegt. Dazu kommt, daß der Staat in zahlreichen Fällen (gerichtliche oder) notarielle Beurkundungen sowohl von Rechtsgeschäften als auch von Rechtsvorgängen und Tatsachen entweder zur Vorausset-

344) Deshalb ist auch nicht einzusehen, wieso die Überwachung durch die Klientel besonders wirksam sein soll (so GONNELLA, Notartag 1956, 63).

345) Vgl. hierzu schon oben § 4 (S. 13) und ferner SCHIECK, DNotZ 38, 650.

346) Nach FEYOCK, aaO., S. 245-249; vgl. auch GONNELLA, DNotZ 56, 453 ff.

zung eines bestimmten Rechtserfolges oder einer erhöhten Beweiskraft macht.³⁴⁷⁾ Dann muß er aber auch die Ordnungsmäßigkeit der öffentlichen Beurkundung, soweit dies möglich ist, gewährleisten³⁴⁸⁾ und dafür sorgen, daß sie unter richtiger Anwendung des Rechts erfolgt. Diese Garantie ist aber nur vorhanden, wenn man die Aufsicht streng auffaßt. So gesehen aber hat sich der Staat der vorgesetzten Aufsichtsbehörden zu bedienen und seine Auffassung durch das obrigkeitliche Mittel der Weisung zur Geltung zu bringen. Andernfalls käme man zu dem Ergebnis, daß zwar richterliche Entscheidungen einer Kontrolle und Korrektur im vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren unterliegen, notarische Akte dagegen in praxi endgültig sind. Dies wäre ohne Beispiel in unserer Rechtsordnung und im Ergebnis eine weitreichendere Unabhängigkeit als die der Richter.

Diese Überlegungen führen auf Grund der Vorschriften des § 93 BNotO und des § 32 DOtNot 1961 dazu, nicht nur umfassende Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse zu bejahen, sondern auch Anordnungen und Maßnahmen im Einzelfall zur Beseitigung eines das Recht verletzenden Zustandes.³⁴⁹⁾

Die Unabhängigkeit des Notars, wie sie in § 1 BNotO niedergelegt ist, erweist sich damit als eine Garantie für persönliche Unabhängigkeit im Sinne eines Nichteingegliedertseins in den Behördenorganismus des Staates. Sie bedeutet aber nicht die Freiheit von der Rechtsaufsicht, denn das Handeln des Notars bleibt Verwaltungshandeln, das der Kontrolle und den rechtsstaatlichen Sicherungen unterworfen ist.

347) Zum Ganzen s. die Darstellung in § 5 a (oben S. 17 f).

348) Ebenso wie er dem Notar insoweit (d.h. für die Amtsgeschäfte nach §§ 22-24 RNotO, x) die Amtsausübung zur Pflicht ("Betriebspflicht") macht, es sei denn, der Notar hat ausreichende Gründe, sie zu verweigern, §§ 16 S. 1, 15 II u. 17 RNotO (§§ 15 S. 1, 14 II, 16 BNotO). x §§ 20-22 BNotO.

349) Daß darüber hinaus nach § 67 S. 1 RNotO (§ 94 BNotO) eine Mißbilligung bei Ordnungswidrigkeiten oder Pflichtverletzungen leichter Art ausgesprochen werden kann, stützt nur unsere Auffassung von einer unbeschränkten Aufsicht. Denn Weisungen, die zu Korrekturen führen, wären zunächst einmal näherliegend und für die Notare auch weniger einschneidend.

§ 14. Der Begriff, Maßstab und die Aufgaben und Mittel der Aufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über Notare.

Das bisher Dargestellte findet eine Bestätigung, wenn wir den allgemeinen Begriff der Beaufsichtigung (a), ihren Maßstab (b) und die Beziehung vom Zweck und den Mitteln der Beaufsichtigung, stets aber unter dem Gesichtspunkt der Aufsicht über Notare, näher betrachten und hierbei das Ergebnis gewinnen und die Folgerungen aus dem Ganzen ziehen (c).

a) Beaufsichtigung im Rechtssinne (sowohl wie nach dem Sprachgebrauch ³⁵⁰⁾) ist mehr als beobachten, Kenntnis nehmen und ermitteln ³⁵¹⁾. Echte Beaufsichtigung ist nur vorhanden, wenn die Beobachtung zu dem Zweck erfolgt, das Objekt der Beobachtung einer gegebenen Richtschnur gemäß zu bestimmen, es mit irgendeinem Richtmaß in Übereinstimmung zu bringen oder zu erhalten. Es läßt sich keine Art von Aufsicht ohne diesen Zweck denken. Beobachten allein ist eine Tätigkeit, die für das Recht gleichgültig ist. Es wäre von nur faktischer Natur. ³⁵²⁾ ³⁵³⁾ Nur wenn die Beobachtung auf der Gebundenheit der Beobachteten beruht, also z.B. auf der Gebundenheit der Notare, insofern diese verpflichtet sind, den Aufsichtsbehörden Auskünfte zu erteilen ³⁵⁴⁾ oder Einsichtnahmen zu gestatten (§ 66 II RNotO, § 93 II BNotO) ³⁵⁵⁾, ist zwischen ihnen und dem, der Kenntnis zu gewinnen wünscht, dem Staat, ein rechtlich bedeutsames Verhältnis vorhanden. Erst wenn die Aufsichtsbehörde, um sich Gewissheit über die Ordnungsmäßigkeit der notarischen Geschäft zu verschaffen, Auskünfte verlangt, Untersuchungen anstellt, Akten, Verzeichnisse und Bücher sowie Urkunden einsieht (cf.

350) Beispiel: man beobachtet ein Gewitter, aber man beaufsichtigt es nicht.

351) Vgl. TRIEPEL, Reichsaufsicht, S. 110 ff.

352) Vgl. TRIEPEL, aaO., S. 117 ff.

353) So wäre das "Recht" des patrouillierenden Polizisten, einen Mann zu "beobachten", dessen Gebaren ihm verdächtig vorkommt, juristisch ebensowenig ein Recht wie das "Recht" des flüchtigen Verbrechers, aus seinem Versteck den vorübergehenden Polizisten zu "beobachten".

354) Vgl. SEYBOLD, Kom., § 19 II 9.

355) Vgl. auch oben S. 72.

§ 66 II RNotO, § 93 II BNotO), tritt die Beobachtung in den Rahmen des Rechts ein, wird sie zum Inhalt einer subjektiven Berechtigung, einer Zuständigkeit.

Nun ist es zwar denkbar, daß der Zweck der Beaufsichtigung bereits durch dieses rechtlich erhebliche Beobachten erreicht wird.³⁵⁶⁾ Denn das Bewußtsein, einer ständigen Überwachung und turnusmäßigen Prüfung der gesamten Amtsführung (und auch des außerberuflichen Verhaltens) unterworfen zu sein, mag genügen, um die Notare in den Schranken zu halten, die ihnen gezogen sind.³⁵⁷⁾ Es ist ferner möglich, daß die als Ausfluß dieses Aufsichtsrechts erscheinenden Feststellungen das Ergebnis haben, daß die Geschäfte einwandfrei geführt worden sind. Hier ist für weitere Aufsichtshandlungen kein Anlaß gegeben. Stellt sich aber das Gegenteil heraus - und unsere Ausführungen sind nur sinnvoll, wenn wir von fehlerhaften notarischen Amtsgeschäften ausgehen, deren Vorhandensein niemand leugnen wird -, und werden Maßregeln ergriffen, gehören auch diese zur Aufsicht. So lassen sich im Privatrecht die Verbindlichkeiten zur Aufsichtsführung, von denen §§ 832 ff BGB handeln, nicht durch bloßes Beobachten erfüllen, sondern nur dann, wenn man auch eingreift, wo das am Platze ist ³⁵⁸⁾. Die Auslegung kann zwar ergeben, daß hier mit der Aufsicht Beauftragte allein "aufpassen" und feststellen soll, während der Auftraggeber sich das Eingreifen auf Grund der Beobachtung vorbehält. Es kann aber auch so sein, daß der Beauftragte Recht und Pflicht zum eigenen Einschreiten haben soll. Die Unterscheidung spielt aber jedenfalls dann keine Rolle, wenn eine Trennung zwischen Aufsichtsführendem und Einschreitendem nicht stattgefunden hat. Und dies ist offensichtlich im Notariatsaufsichtsrecht der Fall. Auch im Bereich des öffentlichen Rechts werden unter Aufsichtsbefugnissen regelmäßig Rechte zur Überwachung und zur Korrektur verstanden ³⁵⁹⁾. So erscheinen z.B. in der Gemeindegesetzgebung die Maßregeln der

56) Vgl. zum Folgenden TRIEPEL, aaO., S. 118 ff.

57) was wir bereits oben (S. 63) mit anderen Worten zum Ausdruck gebracht haben.

58) Vgl. TRIEPEL, aaO., S. 119.

59) Vgl. TRIEPEL, aaO., S. 120 ff.

Zwangsetatisierung, der Auflösung, der Verhängung von Ordnungsstrafen gegen Gemeindebeamte und ähnliches als Bestandteile des Aufsichtsrechtes. So soll nach RNotO (BNotO) und DOfNot (DOfNot 1961) der Landgerichtspräsident, der (bzw. dessen Prüfungsbeauftragter) die Prüfung vornimmt, auch die "erforderlichen Anordnungen" treffen.³⁶⁰⁾ Und so kann man getrost behaupten, daß im Sinne des Sprachgebrauchs der Gesetze (wie des Lebens), jedenfalls im Sinne der RNotO (BNotO) in Verbindung mit der DOfNot (DOfNot 1961), zur vollen Beaufsichtigung nicht nur das Beobachten, sondern auch die Einwirkung selbst auf Grund der Beobachtung gehört.³⁶¹⁾

Demnach zerfällt die Beaufsichtigung der Notare in eine Beobachtungsfunktion und in eine Berichtigungsfunktion³⁶²⁾. Die erste ist die unentbehrliche Voraussetzung der zweiten und so ist wertlos, wenn sie nicht im Hinblick auf die zweite erfolgt. Die Beobachtungsfunktion ist ohne die Berichtigungsfunktion ein "Schwert ohne Klinge" und die zweite ist die Hauptsache. Denn die erste Funktion wird ausgeübt zum Zwecke der zweiten und um diese überhaupt erfüllen zu können. Allerdings gibt es irreparable Fälle, in denen die Berichtigungsfunktion nicht mehr in Züge kommen kann. Ergibt die Revision des Notariats zum Beispiel, daß der Notar ein Testament in ungültiger Form errichtet hat, der Erblasser bereits verstorben und die von ihm beabsichtigte Erbeinsetzung fehlgeschlagen ist, dann kann dieser Fehler nicht mehr rückgängig gemacht werden. Hier scheitert jede Berichtigung an der Tatsache der Unheilbarkeit des angerichteten Schadens.³⁶³⁾

b) Wir sagten schon, daß Beaufsichtigung zu dem Zwecke geschieht, das Objekt der Beobachtung einer gegebenen Richtschnur gemäß zu bestimmen, es mit irgendeinem Richtmaß in Übereinstimmung zu

360) Vgl. S. 76 und Fußn. 269 daselbst.

361) So auch gerade im Hinblick auf die Beliehenen SCHWEIKERT, Diss. iur. Tübingen 1959, S. 104/105.

362) Vgl. TRIEPEL, aaO., S. 120; ihm folgend BAUR, Justizaufsicht, S. 15; DINSLAGE, DRiZ 1960, 201 ff., u. GÜLLAND, Nr. 12, 66, 67, teils mit, teils ohne Quellenangabe. Die Begriffe stammen von TRIEPEL und sind von ihm erarbeitet worden.

363) S. hierzu noch S. 103.

bringen oder zu erhalten. Damit ist auch der Maßstab der Beaufsichtigung angesprochen.

Maßstab jeder Beaufsichtigung ist die Norm, mit der das Tun und Lassen des Beaufsichtigten in Einklang stehen oder treten soll.³⁶⁴⁾ Für den Notar kommen hier all die Normen, das heißt positiven Rechtssätze³⁶⁵⁾, in Betracht, die auf berufliche Tätigkeit und, im Rahmen des § 14 III BNotO, auch das außerberufliche Verhalten³⁶⁶⁾ sowie den Geschäftsbetrieb im Notariat betreffen, in Sonderheit also die Bestimmungen der RNotO (BNotO) und der DOfNot (DOfNot 1961). Es sind aber auch alle anderen Rechtssätze Richtmaß, soweit sie die Notare betreffen, so zum Beispiel die §§ 169 ff FGG über die notarische Beurkundung von Rechtsgeschäften. Hiermit sind nur einige "Normbereiche" angegeben. Alle Gesetze und Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen usw. aufzuzählen, die daneben noch als Maßstab der Aufsicht gelten können, ist wegen ihrer Vielzahl³⁶⁷⁾ nicht möglich, aber auch nicht nötig, weil wir oben in § 12 e³⁶⁸⁾ durch die Gegenstände der Beaufsichtigung bereits den Umfang der Rechtsaufsicht aufgezeigt haben. In diesem Umfang ist aber jedes notarische Geschäft an den für dieses einschlägigen Rechtsbestimmungen zu messen und auszurichten.

Die Auffassung RECKERTS ist mithin abzulehnen. Er führt nämlich aus:³⁶⁹⁾ Die Dienstaufsicht betreffe die Amtsstellung und Amtsführung des Notars. Die Vorschriften dieses Gebietes fänden sich in der RNotO und DOfNot. Diese Regelung sei abschließend dergestalt, daß die Notare ausschließlich den Vorschriften dieser Verordnung unterständen (§ 1 S.2 RNotO). Die Dienstauf-

364) TRIEPEL, aaO., S.388; auch O.MAYER, VwR II, § 61 I (S.393), führt aus, daß das Maß der Aufsicht sich aus den Pflichten des Beaufsichtigten ergebe. Die Pflichten aber sind in Normen verankert, jedenfalls überwiegend.

365) Zum Begrifflichen s.WOLFF, VwR I, § 24 II (insbesondere unter b).

366) Vgl.hierzu noch oben S.71 u.75/76.

367) Eine Zusammenfassung und Übersicht gibt HENSE, Notariatsrecht, Sammlung dienst- und gebührenrechtlicher Vorschriften f.d.Handgebrauch des Notars, Münster 1949.

368) S.71 ff.

369) DFG 1938, 249 ff (250/251).

sichtsbehörde dürfe nur eingreifen, soweit die RNotO oder DOfNot hinsichtlich der Amtsstellung und Amtsführung besondere Gebote und Verbote aufstelle. Damit aber sei klargestellt, daß die sachlichen Entscheidungen des Notars der Aufsicht nicht unterlägen. Denn die vom Notar zu bearbeitenden Sachgebiete unterstünden den einschlägigen Verfahrensvorschriften, die in § 81 RNotO aufrechterhalten worden seien. Ihre Regelung gehöre also nicht dem Berufsrecht der Notare an, befände sich vielmehr im Grundsätzlichen und Wesentlichen außerhalb des Notarrechts. Die sachlichen Verfahrensvorschriften würden deshalb gemäß § 1 S.2 RNotO aus doppeltem Grunde von der Dienstaufsicht nicht berührt: einmal ihres Inhalts wegen, ferner, weil sie ihre gesetzliche Regelung nicht im neuen Notarrecht hätten.

Dem kann nicht gefolgt werden. RECKERT übersieht hier die in § 1 S.2 RNotO (jetzt § 2 S.1 BNotO) gemachte Einschränkung: "soweit nicht ein anderes bestimmt ist", womit also die Notare zwar ausschließlich den Vorschriften dieses Gesetzes unterstehen, aber doch nur insoweit, als nicht im einzelnen andere Bestimmungen hinzukommen, wenn sie durch die RNotO selbst für weiter geltend erklärt werden. Das ist gerade in § 81 RNotO (jetzt § 118 BNotO) (u.a.) für das von den Notaren bei ihren Amtshandlungen zu beobachtende Verfahren (also z.B. für §§ 167 ff FGG - die Vorschriften auf dem Gebiete des Beurkundungswesens) der Fall. Das für die notarische Amtsführung verbindliche Recht wird dadurch über den Rahmen der RNotO (jetzt BNotO) und DOfNot (jetzt DOfNot 1961) hinaus ausgedehnt auf die in Geltung bleibenden Bestimmungen. Daraus folgt, daß bei der Prüfung der Notariate das Augenmerk auch darauf zu richten ist, ob z.B. das vom Notar aufgenommene Protokoll den Anforderungen des § 176 E genügt oder ob ein wesentlicher Bestandteil der Urkunde fehlt. Zum Begriff der Amtsführung gehören eben nicht nur die Vorschriften der RNotO und DOfNot (und entsprechend jetzt der BNotO und DOfNot 1961), sondern auch die sonstigen für das notarische Geschäft geltenden Regeln. Dementsprechend muß aber bei der Aufsicht verfahren werden. - Die von RECKERT aufgestellte These, die sachlichen Entscheidungen des Notars seien irrevisibel, bleibt also eine unbewiesene Behauptung.

Um das Gesagte durch Beispiele zu erläutern:

Vermittelt ein Notar Darlehn oder Grundstücksgeschäfte, so ist Maßstab der Aufsicht § 28 S.1 RNotO (§ 14 IV BNotO), der dies untersagt.

Entdeckt der Prüfungsbeauftragte des Landgerichtspräsidenten in den Urkunden eines Notars, daß dieser Wörter auszuschaben pflegt, so haben die erforderlichen Anordnungen des Landgerichtspräsidenten sich an der Vorschrift des § 29 Abs.1 DOfNot (ebenso DOfNot 1961) auszurichten, der das Ausschaben verbietet.

Bei der Beglaubigung einer Unterschrift verfährt ein Notar in der Weise, daß er erst den Beglaubigungsvermerk (blanco) macht und es dem Unterschreibenden überläßt, die Unterschrift nachzuholen; oder der Notar macht den Beglaubigungsvermerk und verläßt sich auf die ihm durch seine Kanzleiangestellte überbrachte Mitteilung, es handele sich um die Unterschrift des im Zimmer des Notars nicht selbst anwesenden Klienten. Hier ist Maßstab der Aufsicht § 183 I FGG, der gebietet, daß die Beglaubigung der Unterschrift nur erfolgen darf, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird.

Oder: In einer notariischen Urkunde über ein Rechtsgeschäft fehlt die Unterschrift eines Beteiligten oder des Notars. Aufsichtsmaßstab ist nunmehr § 177 Abs.1 oder Abs.3 jeweils i.V.m. § 174 FGG und § 29 Abs.4 S.2 DOfNot (ebenso DOfNot 1961).

Die Frage, die häufig in der Form aufgeworfen zu werden pflegt, ob nur die Rechtmäßigkeit oder auch die Zweckmäßigkeit der notariischen Akte nachgeprüft werden kann (wie etwa bei der Auftragsverwaltung der Gemeinden durch die Fachaufsicht), beantwortet sich damit von selbst: Sind im Rahmen der Prüfung auch Normen zu beachten, deren Inhalt mehr Fragen des Zureichenden oder Unzureichenden, Erforderlichen oder Überflüssigen, des Geeigneten oder Ungeeigneten als Fragen des rechtlich Notwendigen betreffen, sind diese Inhalte aber durch Normierung zu Rechtssätzen geworden, dann hat sich die Aufsicht auch hieran auszurichten ³⁷⁰⁾.

370) Nur unter diesem Gesichtspunkt stimmen wir mit BRAND überein, wenn er (S.85) sagt, Notaren gegenüber kämen fachliche Weisungen in Betracht.

Jede Aufsichtsmaßnahme bedarf also des "Norm-Maßstabes". Mit-
hin ist Aufsicht über Notare stets Rechtsaufsicht in dem ange-
gebenen weiten Sinne.

c) Wir hatten im Anschluß an TRIEPEL gesagt, daß Beaufsichti-
gung in zwei Verrichtungen zerfällt: In die Beobachtungs- und
die Berichtigungsfunktion, und daß der Zweck der Beobachtungs-
tätigkeit darin zu sehen sei, die Objekte der Beobachtung "mit
irgendeinem Richtmaß (s.2) in Übereinstimmung zu bringen oder
zu erhalten".³⁷¹⁾

Hieraus ergeben sich für die Aufsicht die Aufgaben und aus den
Aufgaben ergeben sich verschiedene Aufsichtsmittel. Denn ver-
schiedene Aufgaben ergeben verschiedene Mittel: Entweder oblie-
es der Aufsichtsbehörde, die beobachtete Tätigkeit in Überein-
stimmung mit dem anzulegenden Maßstab zu bringen, weil sie Män-
gel aufweist, oder sie ist richtig, dann hat die Aufsicht die
Aufgabe, Veränderungen nicht vorzunehmen. Es erscheint uns nicht
zweifelhaft, daß die Aufsicht über Notare in den Dienst beider
Aufgaben gestellt ist.³⁷²⁾ Man könnte hier einwenden, daß die
regelmäßigen Abständen erfolgende Prüfung der Amtsführung sich
doch immer nur in Stichproben vollziehen könne, die Aufsichts-
aufgaben also nicht voll erfüllt werden könnten. Alles kann in
der Tat nicht geprüft werden. Aber das hat die Aufsicht über No-
tare mit fast jeder anderen Aufsicht gemeinsam, und zahlreiche
Stichproben werden ebenso ein Gesamtbild von der Ordnungsmäßig-
keit der Amtsführung oder vom Gegenteil ergeben, wie die Befra-
gung eines repräsentativen Querschnitts der Bevölkerung ein zie-
lich zuverlässiges Bild von der öffentlichen Meinung zu bestimm-
ten Fragen ergibt. Im übrigen wird man die Prüfung dann und dann
ausdehnen,³⁷³⁾ wenn, nicht nur vereinzelt, sondern häufig Fehler
aufgedeckt werden, zumal dann, wenn es sich um stets gleiche
Fehler handelt, was wiederum die Prüfung erleichtert.

371) So sagt auch SCHWEIKERT, S.104, gerade in Hinsicht auf die
Beliehenen, die Aufsicht bezwecke, daß die Beliehenen ent-
sprechend den Vorschriften der Gesetze handeln.

372) A.A.BEHRE, S.70, nach dem das Ziel der Prüfung erreicht ist
wenn zukünftige Fehler vermieden werden.

373) Worauf schon bei der Prüfung der Kostenberechnungen hinge-
wiesen wurde, vgl.S.75 oben.

Die Erfüllung der zuletzt genannten Aufsichtsaufgabe, nämlich, an den Aufsichtsgegenständen Veränderungen nicht vorzunehmen, weil sich die Objekte in Übereinstimmung mit dem Gesetz befinden, ist nicht problematisch. Hier fällt die Berichtigungsfunktion fort, da feststeht, daß die geprüften Gegenstände einer Berichtigung nicht bedürfen.

Die Erfüllung der ersten Aufgabe kann sich jedoch in zwei Richtungen bewegen: Stets wird die Aufsichtsbehörde den Notar darauf hinweisen, begangene Fehler in Zukunft zu vermeiden.³⁷⁴⁾ Aber auch ohne ausdrücklichen Hinweis impliziert die Beanstandung von Fehlern stets auch den Hinweis zukünftiger Vermeidung solcher Fehler (praeventiver Teil der Aufsicht). Die Aufsichtsbehörde wird daneben aber darauf sehen, daß die Fehler, wenn möglich, beseitigt werden (repressiver Teil der Aufsicht). Die erste Richtung wird stets einzuschlagen sein, die zweite, soweit dies möglich ist. Für die Aufsichtsmittel bedeutet das in praxi: Entdeckt der Prüfungsbeauftragte fehlerhafte Urkunden oder entdeckt er, daß der Notar verbotene Darlehensgeschäfte vermittelt, nimmt er dies in seinen Prüfungsbericht auf und legt ihn dem Landgerichtspräsidenten vor.

Für diesen geht es nun darum, das fehlerhafte notarische Geschäft oder Verhalten an den genannten Maßstäben auszurichten. Er tritt in die Berichtigungsfunktion ein und hat sich über die Aufsichtsmittel klarzuwerden. Diese hängen ganz vom Einzelfall ab und ergeben sich aus der oder den Normen, denen die notarischen Geschäfte oder der notarische Geschäftsbetrieb zuwiderlaufen. Stellt sich nun heraus, daß eine Berichtigung (Abänderung, Ergänzung usw.) nicht mehr möglich ist,³⁷⁵⁾ dann sind ihm für ein Hinwirken auf die Korrektur die Hände gebunden und er kann den Notar nur noch anweisen, den oder die begangenen Fehler in Zukunft zu vermeiden.³⁷⁶⁾

374) Insoweit wohl VOLLMER-Schwarz, Kom., § 66 Anm.1, übereinstimmend.

375) Beispiel s.o.S.98.

376) Evtl. kommt eine Mißbilligung nach § 67 S.1 RNotO (§ 94 BNotO) in Betracht.

Ist dagegen eine Korrektur noch möglich, so wird der Landgerichtspräsident auch in diesem Fall durch Hinweise auf die verletzten Bestimmungen praeventiv der Wiederholung des gemachten Fehlers vorzubeugen haben; er wird aber jetzt vor allem auch repressiv auf die Berichtigung, Ergänzung oder ähnliches hinwirken. - Jeder Fall wird hier anders liegen, woraus folgt, daß die Maßnahmen dem Einzelfall anzupassen sind.³⁷⁷⁾ In welcher Weise dies zu geschehen hat, dafür wird die einschlägige Norm, und oft ein Bündel von Normen, dem Aufsichtsführenden Richtschnur zu sein haben.

Fehlt zum Beispiel auf einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft die Unterschrift des Notars oder der Betrag, in Höhe dessen man sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, so ist der Notar auf diesen Mangel hinzuweisen und aufzufordern, eine neue Urkunde anzufertigen. Das erheischt, wie wir dargelegt haben, das Interesse der Rechtssuchenden und die Sicherheit des Rechtsverkehrs.

Was solche Nachtrags- oder Berichtigungsurkunden angeht, so kann gerade an diesem Beispiel deutlich gemacht werden, in welcher Weise sich die Aufsichtsmittel den einschlägigen Vorschriften anzupassen haben. Sachliche Änderungen, Ergänzungen oder Berichtigungen einer Urkunde nach ihrem Abschluß durch die mitwirkenden Personen sind nur in der Form einer selbständigen Nachtragsurkunde möglich (§ 29 IV 2 DOfNot, ebenso DOfNot 1961), die den Bestimmungen des § 177 FGG genügen muß. Sie muß also datiert, vorgelesen und genehmigt und von den Beteiligten³⁷⁸⁾ sowie mitwirkenden Personen unterschrieben werden.³⁷⁹⁾ Das bedeutet hinsichtlich der zu ergreifenden Aufsichtsmittel, daß dem Notar keine weitergehende Anweisung erteilt werden kann, als die Beteiligten unter Hinweis auf den unterlaufenen Fehler aufzufordern, mit dem Ersuchen nach einer neuen oder Nachtragsbeur-

377) Die Vielgestaltigkeit dienstaufsichtsrechtlicher Maßnahmen z.B. gegenüber Richtern, betonen auch DINSLAGE, DRiZ 1960, 202, STRAUSS, DRiZ 1958, 300.

378) Das sind i.S.d. §§ 169-182 FGG diejenigen, deren Erklärungen beurkundet werden sollen, § 168 S.2 FGG.

379) Vgl. OBERNECK, § 51 II 3 b (S.224); RGZ 43,275; SAAGE/KEIDEL, DNotZ 59,340 ff; SEYBOLD, Kom., § 22 Anm.1 2.

kundung an ihn heranzutreten. Denn der Notar wird nur auf Ersuchen tätig und kann also die Beteiligten nicht zu sich beordern. Es wäre allerdings daran zu denken, daß der Landgerichtspräsident an die Beteiligten unmittelbar herantritt, sie auf die Fehlerhaftigkeit der in ihrem Besitz befindlichen oder in den Rechtsverkehr gebrachten Urkunde aufmerksam macht, ihnen anheimstellt, sich eine Berichtigungsurkunde anfertigen zu lassen, und den Notar anweist, auf Ersuchen der Beteiligten eine entsprechende Urkunde anzufertigen. Von dieser Möglichkeit wird man aber, um eine Desavouierung des Notars zu vermeiden, jedenfalls solange Abstand zu nehmen haben, als der Notar willens ist, von sich aus das Mögliche zur Beseitigung des Fehlers zu tun. Über die erforderlichen Anordnungen wird sich der Landgerichtspräsident durch die ihm vorgeschriebene Anhörung des Notars³⁸⁰⁾ schnell Klarheit verschaffen können und müssen, da er dem Oberlandesgerichtspräsidenten über das Ergebnis der Prüfung und die Abstellung der vorgefundenen Mängel zu berichten hat.³⁸¹⁾ Nur wenn der Notar erklärt, er werde der gegebenen Anordnung nicht folgen,³⁸²⁾ wird man den Landgerichtspräsidenten für verpflichtet ansehen müssen, sich mit den Beteiligten unmittelbar in Verbindung zu setzen. Die Nichtbeachtung der Anordnung hätte auch möglicherweise die Disziplinierung des Notars zur Folge, da er Gehorsam schuldet.³⁸³⁾

In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, daß der Notar für eine von ihm verschuldete fehlerhafte Beurkundung keine Gebühren berechnen darf, denn er darf nichts fordern, was er auf Grund seiner Haftung zurückzahlen müßte.³⁸⁴⁾

Ob es sich nun um Beurkundungs- oder andere Fälle handelt, stets wird der Landgerichtspräsident auf die Beseitigung und/oder zukünftige Vermeidung begangener Fehler hinzuwirken haben. Meist

380) S.FuBn.269.

381) Vgl.FuBn.270.

382) wenn er dem Landgerichtspräsidenten etwa das Recht streitig macht, ihm Weisungen zu erteilen.

383) Vgl.SEBOLD, Kom., §§ 65-67, Anm.II 4; VOLLMER-SCHWARZ, Kom., § 2 Anm.6 u. § 66 Anm.1.

384) RG JW 26,2901; 33,2123; DNotV 27,526; KG JW 26,2102; BEHRE, S.68; HORNUNG, DR 34,481; vgl.auch die Anordnung d.Präs.d. RNotKa.in DNotZ 39,89/90.

wird er sich dabei der Mittel des Gebots oder Verbots bedienen des ersten, wenn die (verletzte) Norm ein Gebot (z.B. § 183 I FGG ³⁸⁵), des zweiten, wenn sie ein Verbot (z.B. § 29 I DOtNB ebenso DOtNot 1961 ³⁸⁶) aufstellt. Der Unterschied ist aber rein formaler Natur, denn ob der Landgerichtspräsident das ein oder andere Mittel ergreift, wird in erster Linie von der Formulierung der Norm abhängen. Die Unterscheidung ist aber auch deswegen nicht sehr fruchtbar, weil man bei einer Gebotsnorm auch verbietend ³⁸⁷ und bei einer Verbotsnorm auch gebietend verfahren kann. Das hängt von der Formulierung der Anordnungen ab.

Aus diesem Grunde wäre es nicht sinnvoll, Begriffe wie "gebietende" und "verbietende" Rechtsaufsicht vorzuschlagen. Sie würden das Ergebnis nicht gerade verdeutlichen und ihm auch nicht gerecht werden. Denn es handelt sich um eine einheitliche Rechtsaufsicht, die in der angegebenen Weise mal mit Verboten, mal mit Geboten, mal mit Weisungen oder Hinweisen verfährt, jedenfalls mit dem Aufsichtsmittel vorgeht, das jeweils erforderlich ist und sich aus dem Normmaßstab und der daraus herzuleitenden Aufgabe ergibt.

Konkret und zusammenfassend heißt das: Die Aufsicht über Notar ist eine Rechtsaufsicht über die gesamte Amtsführung mit den dem Einzelfall angepaßten Mitteln, die die notarischen Geschäfte und den notarischen Geschäftsbetrieb in Übereinstimmung mit den für sie geltenden Bestimmungen zu bringen oder zumindest einer Abweichung von ihnen in Zukunft vorzubeugen haben.

Für das ganze Aufsichtsproblem gilt noch folgendes: Man sollte besonders da, wo strenge Aufsichtsmaßstäbe und -maßregeln gelten, die Aufsicht weniger als gegen den Beaufsichtigten gerichtet

385) S.o.S.101.

386) S.o.S.101.

387) Z.B. kann man auf das Gebot der Beglaubigung einer Unterschrift nur, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird, auch in der Form hinweisen, daß man sagt: "Unterlassen Sie in Zukunft Unterschriftsbeglaubigungen, wenn die Unterschrift nicht in Ihrer Gegenwart vollzogen oder anerkannt wird."

388) So, wenn man auf das Verbot des Ausschabens von Wörtern in der Urkunde in der Weise hinweist, daß man sagt: "In Zukunft haben Sie jegliches Ausschaben von Wörtern in Urkunden zu unterlassen."

sehen 389), sondern vielmehr als eine im Interesse aller, auch der Notare, angewandte Staatsgewalt. Es sollte eigentlich gar nicht sachlicher Weisungen bedürfen, wenn Fehler entdeckt worden sind. Schon bei der Anhörung des Notars durch den Landgerichtspräsidenten sollte weitgehend Einigung über die vom Notar zu ergreifenden Maßnahmen erzielt werden können. Es kann das Ansehen des Notars nur noch heben, wenn begangene Fehler korrigiert werden, wo dies möglich ist. So gesehen ist die Aufsicht für den pflichtbewußten Notar keine lästige Kontrolle, sondern im Hinblick auf sein kompliziertes Amt eine wertvolle Hilfe und Anregung. Die Aufsicht ermöglicht den Notaren, in der Zeit zwischen Prüfungen und Aufsichtsmaßnahmen Zweifelsfragen zu erörtern. Überdies wird die Aufsicht die Notare oft vor Haftungen bewahren. Je erfahrener der aufsichtsführende Landgerichtspräsident und der Prüfungsbeauftragte sind, desto positiver wird sich die Aufsicht gestalten.³⁹⁰⁾ Wo allerdings Erfahrungen und Sachkenntnisse mangeln, sind die Gefahren nicht zu übersehen.

15. Rechtsschutz und Haftung des Notars bei Aufsichtsmaßnahmen.

Verfügungen der Aufsichtsbehörde, die sich aus der Prüfung und Überwachung der Amtstätigkeit der Notare ergeben, können als Verwaltungsakte durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden (§ 111 BNotO).

Das Anfechtungsmittel ist der "Antrag auf gerichtliche Entscheidung", der nur nach Maßgabe des § 111 I BNotO zulässig ist. Zuständig ist im ersten Rechtszug das Oberlandesgericht (§ 111 III BNotO), im zweiten Rechtszug der Bundesgerichtshof; im übrigen gelten für das Verfahren die einschlägigen Vorschriften der BRAO entsprechend (§ 111 IV BNotO).

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann nur binnen eines Monats nach dem Zeitpunkt gestellt werden, in dem die Verfügung dem Betroffenen bekanntgemacht worden ist (§ 111 II 1 BNotO).

Die Entscheidung ergeht auf Grund mündlicher Verhandlung. Einer

39) So auch GRUENHAGEN, S.36.

40) Ähnlich JONAS, DNotZ 37,528, in gewissem Widerspruch zu DNotZ 37,189.

solchen bedarf es jedoch nicht, wenn die Beteiligten ausdrücklich auf sie verzichten. Die mündliche Verhandlung ist nicht öffentlich. Vertretern der Landesjustizverwaltung und der Notarkammern ist der Zutritt gestattet, nach Anhörung der Beteiligten können auch andere Personen als Zuhörer zugelassen werden. Auf Verlangen des Antragstellers muß, auf Antrag eines anderen Beteiligten kann die Öffentlichkeit hergestellt werden. In diesem Fall sind die Vorschriften des GVG über die Öffentlichkeit sinngemäß anzuwenden (§ 40 BRAO).

Auf das Verfahren sind im übrigen die Vorschriften des FGG entsprechend anzuwenden (§ 111 IV BNotO i.V.m. § 40 IV BRAO).

Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist die sofortige Beschwerde an den Bundesgerichtshof zulässig (§ 111 IV 1 BNotO); sie ist binnen einer Frist von zwei Wochen einzulegen (§ 42 IV BRAO). Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.³⁹¹⁾

Diese Regelung erübrigt ein Eingehen auf die Frage, ob sich der Notar in dem Sonderstatus des besonderen Gewaltverhältnisses zum Land befindet³⁹²⁾ und ob die Akte der Aufsichtsbehörden gegen ihn Verwaltungsakte und damit anfechtbar sind.³⁹³⁾

Eines Vorverfahrens nach § 68 ff. VwGO (Widerspruch) bedarf der Antrag des Notars auf gerichtliche Entscheidung nicht.³⁹⁴⁾

Unabhängig hiervon wird man für den Notar die Möglichkeit anerkennen müssen, durch die nichtfristgebundenen und formlosen Rechtsbehelfe der Gegenvorstellung und Aufsichtsbeschwerde³⁹⁵⁾

391) Für die Kosten in den gerichtlichen Verfahren über die Anfechtung von Verwaltungsakten gelten die §§ 200-203 BRAO entsprechend (§ 111 IV 2, 1. H. Satz BNotO).

392) So IPSEN, S. 152; WOLFF, VwR I, § 32 IV c 3 (S. 154); SCHWEIKERT, S. 100, 101, 109, 123, 124; a.M. BRAND, S. 85.

393) S. hierzu BRAND, S. 83 ff., der das bejaht; verneinend IPSEN S. 152.

394) EYERMANN-FRÖHLER, § 179 N. 6, sowie STICH, DÖV 1960, 370.

395) Gewährt allerdings das materielle Recht einen förmlichen Rechtsbehelf, also z.B. eine (förmliche) Beschwerde, könnte der Antrag erst nach Durchführung dieses Rechtsbehelfsverfahrens gestellt werden, § 24 II EG GVG.

396) So hins. beider Rechtsbehelfe BRAND, S. 83.

sich gegen Aufsichtsmaßnahmen wenden zu können. Von Gegenvorstellungen des Notars, über die die Aufsichtsbehörden entscheiden, ist zwar nur in § 75 III BNotO die Rede. Ihrer systematischen Stellung nach bezieht sich diese Vorschrift nur auf das im Zusammenhang mit einer von einer Notarkammer ausgesprochenen Ermahnung in § 75 I und II BNotO festgelegte Verfahren³⁹⁷⁾. Das Recht auf nichtförmliche Gegenvorstellung und Aufsichtsbeschwerde besteht aber allgemein, wovon auch die Allgemein-Verfügung für Notare unter C I 2 ausgeht,³⁹⁸⁾ wenn sie bestimmt, daß dem Oberlandesgerichtspräsidenten die Entscheidung über die Beschwerde gegen Verfügungen des Landgerichtspräsidenten obliegt.

b) Der Notar haftet für Amtspflichtverletzungen gemäß § 21 I RNotO (§ 19 I BNotO). Trifft den Notar nur der Vorwurf der Fahrlässigkeit, so greift seine Haftung nur Platz, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.³⁹⁹⁾ Das gilt jedoch nicht bei Amtsgeschäften der in §§ 25, 26 RNotO (§§ 23, 24 BNotO) bezeichneten Art im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber.⁴⁰⁰⁾ Jede Haftung scheidet aus, wenn der Verletzte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittel abzuwenden.⁴⁰¹⁾

Eine Staatshaftung nach Artikel 34 BGG trat schon nach RNotO nicht ein, da der Notar Gebühren"beamter" ist und somit § 1 der Verordnung über die Haftung des Reiches für Justizbeamte⁴⁰²⁾ i.V.m. § 5 Nr. 1 des Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten⁴⁰³⁾ platz griff. Der Bundesgerichtshof hatte entschieden, daß diese Haftungsbeschränkung des Staates durch Artikel 34 BGG nicht berührt werde, der Notar also weiterhin per-

397) Vgl. oben Fußn. 250.

398) Vgl. Fußn. 270.

399) § 21 I 2 RNotO i.V.m. § 839 I 2 BGB (§ 19 I 2, 1. H. Satz BNotO); vgl. hierzu PAGENDARM, DRIZ 59, 137.

400) § 21 I 3 RNotO (§ 19 I 2, 2. H. Satz BNotO); vgl. PAGENDARM, aaO., und, nach diesem zitiert, BGH Urt. v. 3.6.54, III ZR 387/52, S. 10; die Berufung auf mitwirkendes Verschulden ist dem Notar in diesem Falle jedoch nicht versagt, BGH und PAGENDARM, jeweils aaO.

401) § 21 I RNotO, § 19 I 3 BNotO, jeweils i.V.m. § 839 III BGB.

402) v. 3.5.35 (RGBl. I 587).

403) v. 22.5.1910 (RGBl. I 798).

sönlich hafte.⁴⁰⁴⁾ Nunmehr bestimmt § 19 Abs.1 S.4 BNotO ausdrücklich, daß eine Haftung des Staates an Stelle des Notars nicht besteht.

Es ist aber die Frage aufzuwerfen und unseres Erachtens zu verneinen, ob der Notar bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch noch persönlich haftet, wenn durch die Befolgung einer ihm gegebenen Anordnung der Aufsichtsbehörde einem Dritten Schaden zugefügt wird. Es würde sich also - aber nicht nur - um Fälle handeln, in denen ein Fehler des Notars, auf dessen Korrektur die Aufsichtsbehörde hingewirkt hat, durch einen neuen durch die Befolgung der Aufsichtsordnung begründeten Fehler ersetzt wird, was kaum praktisch werden wird. Hier wird es oft am Verschulden des Notars fehlen. Für unsere die angeschnittene Frage verneinende Ansicht spricht auch die in § 19 Abs.2 RNotO (§ 18 Abs.2 BNotO) getroffene Regelung, die einen vergleichbaren Fall behandelt.

Diese Vorschrift besagt nämlich, daß Ansprüche gegen den Notar nicht geltend gemacht werden können, wenn die auf seinen Antrag zur Entscheidung über seine Verschwiegenheitspflicht im Einzelfall berufene Aufsichtsbehörde⁴⁰⁵⁾ diese verneint und der Notar sich daraufhin geäußert hat.

Auch ARNDTS Ausführungen zu einem ähnlichen Fall nach dem Rechtspflegergesetz stützen die Auffassung, daß eine persönliche Haftung des Notars in dem besonderen Fall einer ihm erteilten Anweisung nicht oder nicht in vollem Umfange in Frage kommen kann: Nach § 5 I Nr.1 und 2 Rechtspflegergesetz kann der Rechtspfleger ein ihm übertragenes Geschäft dem Richter vorlegen, wenn er von einer ihm bekannten Stellungnahme des Richters abweichen will oder sich bei der Bearbeitung der Sache rechtliche Schwierigkeiten ergeben, z.B. daraus, daß die Anwendung von nicht im Geltungsbereich des Rechtspflegergesetzes geltendem Recht in Betracht kommt. Gibt der Richter in solchen

404) BGHZ 9,289 ff = NJW 53,941, ebenso WOLFF, VwR II, § 104 V c 1 (S.308); BAUR, FG I, § 9 II 3; BRAND, S.105; BETTERMANN, DÖV 54,302, u. PAGENDARM, DRiZ 1959,133.

405) Berufen ist der Landgerichtspräsident gem.C I 1 Abs.2 der AVfNot (vgl.Fußn.270).

Fällen eine Sache an den Rechtspfleger zurück, so ist dieser an eine von dem Richter mitgeteilte Rechtsauffassung gebunden, § 5 II 3 RpfLG. - Mit Recht nimmt ARNDT hier an,⁴⁰⁶⁾ daß der Richter für die dem Rechtspfleger für die weitere Bearbeitung eines Falles erteilten Weisungen die Verantwortung trage, während der Rechtspfleger nur für die formelle Ausführung der Weisung in Anspruch genommen werden könne.⁴⁰⁷⁾

Diese Differenzierung ist auch für unseren Fall am Platze, so daß, wenn der Landgerichtspräsident aus bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten z.B. anordnet, der Notar solle eine Nachtrags- oder Berichtigungsurkunde anfertigen,⁴⁰⁸⁾ der Landgerichtspräsident (und für ihn der Justizfiskus) haftet, falls die Beachtung der bestimmten rechtlichen Gesichtspunkte zu einem Fehler und Schaden führen, während der Notar insoweit haftet, als ihm bei der Beurkundung erneut ein Fehler unterläuft.⁴⁰⁹⁾

406) § 8 Anm.18 (S.112).

407) So auch REICHEL, die Stellung des Rechtspflegers im Zivilprozeß, Diss.jur.München 1950, S.39/40 (zit.nach ARNDT, aaO.).

408) mit den Besonderheiten, die hier, wie dargestellt, zu beachten sind.

409) So z.B. dann, wenn der Notar zwar die (zunächst vergessene und von dem Prüfungsbeauftragten als fehlend entdeckte) Aufnahme des Betrages, in Höhe dessen man sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, beachtet, nun aber eine der in § 177 FGG getroffenen Bestimmungen für eine ordnungsgemäße Beurkundung vergißt.

L e b e n s l a u f .

Am 9. Februar 1930 wurde ich in Wuppertal-Barmen als fünfter Sohn des Fabrikanten Friedrich Kruse und seiner Ehefrau Maria, geb. Wittenstein, geboren. Von Ostern 1936 bis Ostern 1940 besuchte ich die Volksschule in Wuppertal-Barmen, von Ostern 1940 bis April 1948, nur mit den durch die Kriegssereignisse bedingten Unterbrechungen, das Humanistische Wilhelm-Dörpfeld-Gymnasium in Wuppertal-Elberfeld und bis März 1950 die Oberschule für Jungen Hermann-Lietz-Schule Schloß Bieberstein/Rhön und Spiekeroog i.d.Nordsee. Dort legte ich am 14. März 1950 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1950 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Im Wintersemester 1950/51 und im Sommersemester 1951 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Im Wintersemester 1951/52 wechselte ich zur Universität Hamburg, um sodann vom Sommersemester 1952 bis zum Wintersemester 1954/55 an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. meine Studien zu beenden. Für das Wintersemester 1953/54 war ich aus gesundheitlichen Gründen beurlaubt. Die Erste Juristische Staatsprüfung bestand ich vor dem Justizprüfungsamt des Landes Baden-Württemberg in Freiburg i.Br. am 28. Juli 1955. Nachdem ich am 1. Oktober 1955 in den Juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen eingetreten war, legte ich am 11. Juli 1960 die Zweite Juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab.

Seit Januar 1961 bin ich bei der Commerzbank AG., Hauptverwaltung Düsseldorf, angestellt.

